

V CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"L'IMPRESA E IL DIRITTO COMMERCIALE: INNOVAZIONE, CREAZIONE DI VALORE,
SALVAGUARDIA DEL VALORE NELLA CRISI"
Roma, 21-22 febbraio 2014

ELISABETTA CODAZZI

**La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni
sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società.**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Esposizione della questione e possibili soluzioni alla luce dei più recenti orientamenti interpretativi: a) Il metodo cd. "tipologico". - 3. (segue): b) il metodo cd. "funzionale". - 4. L'evoluzione del sistema nella ricostruzione dello statuto applicabile alla società in mano pubblica: il contributo del diritto comunitario. - 5. (segue): L'influenza sul diritto nazionale nel passaggio dalle *golden shares* ai *golden powers*. - 6. La società in mano pubblica tra diritto comune e diritto speciale: il dibattito interno. - 7. La conferma della riconducibilità della società a partecipazione pubblica alla disciplina codicistica delle società di capitali *ex art. 4, comma 13, d.l. 95/2012*. I corollari sul piano del diritto societario. - 8. (segue): I corollari sul piano del diritto fallimentare. - 9. Le alternative al fallimento della società in mano pubblica e possibili conseguenze. - 10. Sull'esercizio provvisorio dell'impresa *ex art.104, l.fall.* - 11. Conclusioni.

1. Premessa.

Uno dei profili di maggior interesse ed attualità scaturiti dall'ampio dibattito sulla natura della società cd. "in mano pubblica" e sul regime di disciplina ad essa applicabile è quello che porta ad interrogarsi, in mancanza di specifiche previsioni sul punto, sulla sua assoggettabilità allo statuto dell'imprenditore commerciale e quindi sulla sua fallibilità¹.

¹ Si considera società "in mano pubblica" "la società per azioni della quale la società o gli enti pubblici detengono la totalità o la maggioranza delle azioni o, comunque, un numero sufficiente ad assicurare, anche di fatto, il controllo della società": per tutti, F.GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2012, p. 445; M.T. CIRENELI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1992, vol. 8, p. 3 ss. Sebbene nella prassi diversi siano i modelli di società a partecipazione pubblica, che si distinguono tra loro a seconda che la partecipazione del socio pubblico sia maggioritaria, minoritaria, di controllo (totale o parziale), in questa sede si intende prendere in considerazione solo l'ipotesi della società a prevalente partecipazione pubblica, posto che, mentre nel primo caso l'ente pubblico può esercitare i soli diritti previsti a favore di qualsiasi socio di minoranza, nel secondo, invece, potrà assumere poteri di indirizzo della società tali da condizionare in modo più o meno significativo la disciplina applicabile: sul punto, tra gli altri, G.

Come noto, sia la normativa codicistica (art. 2221 c.c.) che quella fallimentare (art. 1, l.fall.) prevedono per gli enti pubblici economici un'espressa esenzione dall'applicazione delle disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo, scelta che si fonderebbe sull'idea di una presunta incompatibilità tra le finalità che ispirano l'agire di tali soggetti, nonché l'esigenza di mantenere in capo agli stessi la titolarità delle funzioni amministrative, e gli effetti tipici della procedura fallimentare, che determinerebbe, invece, tanto un'ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti riservati all'autorità amministrativa, quanto l'interruzione del pubblico servizio erogato dall'ente².

Per tali ragioni, gli enti pubblici- nei casi espressamente previsti dalla legge- possono essere sottoposti ad un procedimento *ad hoc* (la liquidazione coatta amministrativa), che, nonostante la presenza di essenziali fasi di natura giurisdizionale, presenta un carattere soggettivamente ed oggettivamente amministrativo³.

Nel caso della società in mano pubblica, invece, posto che nessuna previsione normativa chiarisce se la stessa sia fallibile o meno, varranno soluzioni diverse, a seconda che la si ritenga assoggettabile al regime proprio degli enti pubblici o dei soggetti di diritto privato (cfr. *infra*). A ciò

VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, p. 147 ss., spec. p. 164 ss.; per una panoramica anche F.LUCIANI, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv.dir.comm.*, 2012, I, p. 719 ss. Esulano dall'ambito della presente trattazione anche le società cd. legali (ovvero quelle società, istituite, trasformate o comunque disciplinate con legge speciale), G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A., Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; F. SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contr.impr.*, 2010, p. 237 s.; C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992. Sottolinea la specificità delle singole società a partecipazione pubblica "il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*", per le quali la natura di società per azioni sarebbe la veste formale rispetto alla "natura sostanziale di ente assimilabile ad una amministrazione pubblica", Cass., sez.un., 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro it.*, 2010, I, 1472.

² Si vedano, G.CAPO, *I presupposti del fallimento*, in A.A.V.V., *I presupposti, La dichiarazione di fallimento, Le soluzioni concordatarie*, vol. I, Padova, 2010, p. 50 ss.; ID, *I presupposti e il procedimento per la dichiarazione del fallimento*, in A.A.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G.Faucegna e L.Panzani, vol.1, Torino, 2009, p. 32 ss.; A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, p. 40; G.SCHIANO DI PEPE, *Art.1*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G.Schiano di Pepe, Padova, 2007, p.2; F.APRILE, *Art.1*, in *La legge fallimentare, commentario teorico-pratico*, a cura di M.Ferro, Padova, 2007, p. 9.

³ Tra gli altri, U.APICE-S.MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, p. 549 ss. Per le provincie e comuni, inoltre, il T.U.E.L. (d.l.gs., n. 267/2000) prevede la particolare procedura del dissesto finanziario dell'ente, che opera "se l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte (...)" (art. 244, comma 1).

si aggiunga l'ulteriore difficoltà derivante dall'identificazione dell'ente pubblico, che gli interpreti, come noto, individuano attraverso il ricorso ad un approccio di tipo formale (ritenendo, cioè, pubblico solamente l'ente definito come tale dal legislatore) ovvero sostanziale-funzionale (desumendo la pubblicità del soggetto da particolari indici sintomatici o dalle finalità perseguite)⁴.

Al fine di risolvere la problematica in esame, si renderà, perciò, necessario, da un lato, prendere posizione sulla natura della società a partecipazione pubblica, onde ricavarne i necessari corollari in termini di disciplina applicabile, e, dall'altro lato, verificare, alla luce degli interessi in gioco, i vantaggi e gli svantaggi provenienti dalla sua soggezione o meno a fallimento.

Il tema in esame rappresenta, pertanto, punto di osservazione privilegiato, alla luce del quale rivedere il concetto di impresa, nonché il rapporto tra pubblico e privato nell'ambito del diritto commerciale.

2. Esposizione della questione e possibili soluzioni alla luce dei più recenti orientamenti interpretativi: a) Il metodo cd. "tipologico".

L'ormai ampia casistica sviluppatasi in materia consente di evidenziare la presenza di due orientamenti di fondo, volti ad ammettere o negare la soggezione della società in mano pubblica a fallimento, vuoi in base ad un metodo cd. *tipologico* (che cioè giunge a fare applicazione della normativa privatistica o pubblicistica, previa analisi degli indici rivelatori della pubblicità o meno dell'ente societario), vuoi in base ad un metodo cd. *funzionale* (che, invece, ammette il possibile ricorso al diritto pubblico, in deroga al comune diritto societario, solo in presenza di particolari esigenze di carattere pubblicistico)⁵.

La prima impostazione, debitrice, in parte, della concezione sostanzialistica di "impresa pubblica" sviluppata dal diritto comunitario

⁴ Sulla nozione di "ente pubblico", si veda da ultimo F. GOISIS, *Ente pubblico*, voce in corso di pubblicazione in *Enc. Dir., Annali*, p. 1 ss. del dattiloscritto consultato per gentile concessione dell'Autore.

⁵ Sul tema di recente, F.FIMMANO', *Il fallimento delle "società pubbliche"*, in *Crisi di Impresa e Fallimento*, 18 dicembre 2013, consultabile su www.ilcaso.it; L.E. FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur.comm.*, 2012, I, p. 532 ss.; G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi e insolvenza*, a cura di F.Fimmanò, Milano, 2011, p. 329 ss.; L.SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir.fall.*, 2010, I, p.603 ss.; S.SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, ivi, 2010, I, p. 438 ss.; cenni anche in M.VENTORUZZO, *L'esenzione da fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv.soc.*, 2009, p. 1040 ss., ivi, p. 1050 s.

(per il quale è pubblica “ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante (...)”⁶), e, in parte, di quegli orientamenti giurisprudenziali che hanno in precedenza affrontato il problema della qualificazione delle s.p.a. risultanti da privatizzazione, si fonda sull’idea che la disciplina della società partecipata possa essere ricostruita solo previo accertamento degli indici rivelatori della sua natura (pubblica o privata)⁷.

In base a questi presupposti, non sarebbe, pertanto, sufficiente ad escludere la qualifica di ente pubblico il fatto che esso abbia formalmente assunto la veste di società di capitali⁸.

A questa stregua, la s.p.a. non sarebbe soggetta alla normativa fallimentare, in presenza di una serie di elementi sintomatici della sua natura pubblica, come, ad esempio, la nomina degli organi sociali da parte dell’ente pubblico, la previsione di apposite clausole statutarie volte ad attribuirgli particolari prerogative e correlativamente a limitare l’autonomia gestionale degli amministratori, la costituzione o lo scioglimento della società ad iniziativa pubblica, l’esistenza di un finanziamento pubblico e così via⁹.

⁶ La definizione si trova nell’art. 2, comma 1, lett. b), Direttiva [2006/111/CE](#) del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all’interno di talune imprese. In argomento, tra gli altri, A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza, Profili sostanziali*, Torino, 2007, p. 826 ss.; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, p. 149 ss. L’ampiezza di tale definizione consente, pertanto, di riferirla anche alla società in mano pubblica: così anche G. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 196 ss.

⁷ Si vedano, in materia di società privatizzate, Cons.Stato, 31 gennaio 2006, n. 308, in *Dir.giust.*, 2006, p. 94, che appunto evidenzia la necessità 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”; Cons.Stato, 5 marzo, 2002, n. 1303, in *Foro it.*, 2003, III, 238; e anche, C.Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur.cost.*, 1993, 3829 ss. In dottrina, tra coloro che qualificano quali enti pubblici le s.p.a. in presenza di specifici indici rivelatori o sintomatici della loro natura pubblica, G.FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell’ente*, in *Foro it.*, 1941, I, 205 ss., che appunto precisa come debba riconoscersi natura giuridica pubblica soltanto a quelle società per azioni nelle quali “la partecipazione dello Stato importi una variazione nella organizzazione e nel funzionamento della società, per modo che il potere di determinazione dell’azione sociale sia in un certo senso ed entro certi limiti sottratto all’organo sovrano della società”; G.GUARINO, *L’organizzazione pubblica*, Milano, 1977, p. 323 ss.; G.VISENTINI, *op.cit.*, p. 112 ss.

⁸ Tra le altre, Cass., sez.un., 3 maggio 2005, n. 9096, in *Giur.it.* 2006, 795; Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, in *Resp.civ.e prev.*, 2013, p. 296.

⁹ In questo senso, il primo provvedimento noto è quello di Trib.S.Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, p. 713 ss., con nota di G.D’ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, p. 715 ss., che, sulla base di tali premesse, ha escluso la

Diverse sono, però, le considerazioni che porterebbero a respingere questo tipo di approccio con riferimento alla questione in esame.

In primo luogo, esigenze di certezza del diritto, nonché la perdurante vigenza del principio generale secondo cui *“nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge”* (art. 4, legge, n. 70/75), impongono che la riqualificazione di una società di capitali in ente sostanzialmente pubblico avvenga esclusivamente per iniziativa del legislatore o sia comunque desumibile da un quadro normativo sufficientemente certo, non, potendo, invece, derivare da una mera scelta dell'interprete in tal senso ¹⁰.

fallibilità di una s.p.a. a totale partecipazione pubblica, titolare del servizio di raccolta differenziata in ambito provinciale; così Trib.S.Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, *ivi*, 2009, 2010, p. 689, con nota di G.D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile?*, p. 691 ss., secondo cui le società a partecipazione pubblica possono essere qualificate soggetti pubblici sottratti a fallimento, allorchè l'aspetto gestionale e quello operativo risultino completamente avulsi dalle regole di diritto commerciale; nello stesso senso, Trib.Catania, 26 marzo 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Patti, 6 marzo 2009, in www.dejure.it. Secondo la recente pronuncia del Trib.Alessandria, 9 luglio 2013, **non edita**, la natura pubblicistica di una società avente ad oggetto sociale l'organizzazione, la raccolta e lo smaltimento di rifiuti, e quindi la sua esclusione da fallimento sarebbe desumibile da una pluralità di indici (*“In primo luogo la società è preordinata alla gestione di un servizio pubblico essenziale la cui disciplina pubblicistica di riferimento è scarsamente compatibile con gli effetti tipici del fallimento; secondariamente il capitale della società è costituito integralmente da conferimenti di enti pubblici, senza che sia possibile la partecipazione di soggetti privati; in terzo luogo i ricavi della società dipendono nella massima parte dall'erogazione del servizio pubblico svolto in esclusiva per conto dei soci pubblici; ed infine, la società, lungi dal costituire un organismo del tutto autonomo nelle sue decisioni fondamentali dall'ente socio, è per contro sottoposta ad un potere di direzione, di controllo e di vigilanza dei soci pubblici assolutamente estraneo al diritto societario”*). Secondo un'altra recente pronuncia, l'esclusione da fallimento della società in mano pubblica sarebbe desumibile dalla mancanza delle condizioni necessarie per ritenere che questa svolga un'attività commerciale e operi in un ambiente concorrenziale: così, Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, n. 99, cit. (*“L'indagine da compiere deve, invece, condurre a verificare o escludere che l'attività sia esercitata dalla società in mano pubblica in difetto delle manifestazioni tipiche del potere di imperio (...); e verificare, soprattutto, se la società operi all'interno di un mercato concorrenziale, incompatibile con la situazione di esclusiva o di monopolio, svolgendo attività economica diretta al pubblico degli utenti e dei consumatori”*). Si vedano, per la soggezione a fallimento delle società a partecipazione pubblica, qualificabili, a seguito di un'analisi delle relative clausole statutarie, imprenditori commerciali, App. Torino, 5 novembre 2013, in www.ilcaso.it; Trib.S.Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011, in www.ilcaso.it; Trib.Nola, 17 giugno 2010, in www.ilcaso.it; Trib.Rimini, 13 maggio 2013, in *Fall.*, 2013, p. 1276 ss., con nota di L.BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*, .

¹⁰ Vedi Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giust.civ.Mass.*, 2013, che, sulla base dell'art. 4, legge n. 70/75, ritiene necessaria una presa di posizione legislativa inequivoca ma non necessariamente espressa.

Perciò, in mancanza di concreti dati normativi che consentano di qualificare le società in questione quali enti pubblici, le stesse potrebbero essere escluse dall'ambito soggettivo di applicazione delle procedure concorsuali solo nel caso in cui l'attività svolta non abbia natura commerciale¹¹.

Inoltre, è anche evidente che il sistema di pubblicità legale istituito presso il registro delle imprese suscita nei terzi un legittimo affidamento sull'applicabilità alle società iscritte di un regime di disciplina conforme al *nomen juris* dichiarato, affidamento, che, invece, verrebbe deluso qualora il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da particolari disposizioni pubblicistiche¹².

Oltretutto, la soluzione criticata si espone all'ulteriore obiezione di determinare un'inversione logica tra presupposti e conseguenze giuridiche, posto che la produzione di determinati effetti è, come noto,

¹¹ App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, in *Fall.*, 2013, p. 1290 ss., con commento di F.FIMMANO', *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, ivi, p. 1296 ss., che, anche nel caso di società in mano pubblica concessionarie esclusive di servizi pubblici essenziali ritiene che esse non possano essere definite in linea generale "enti pubblici", salvo che sia la legge a definirle come tali ovvero a fornire indicazioni ermeneutiche tali da indurre a ritenere del tutto imprevedibile il contrario; nello stesso senso, Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, cit.

¹² In tal senso, C.IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C.Ibba- M.C. Malaguti- A.Mazzoni, Torino, 2011, p. 1 ss., ivi,, p. 26 s.; ID, *Forma societaria e diritto pubblico*, cit., p. 371 s. Vedi anche B. LIBONATI, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, Relazione al Convegno Assonime-LUISS "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina", Roma, 13 maggio 2009, in www.assonime.it, p. 5 s., il quale, precisa come la creazione di uno statuto speciale della società a partecipazione pubblica, che comporti una deviazione anche totale dalle regole privatistiche, sia ammissibile solo in presenza di una legge *ad hoc* che istituisca uno speciale settore nel registro delle imprese, il quale indichi che non si tratta di società per azioni "ma di cosa fundamentalmente diversa". In giurisprudenza, App. Napoli, 24 aprile 2013 e App. Napoli, 27 maggio 2013, cit. (che appunto sottolinea come "sul versante degli interessi coinvolti non possono essere pretermessi i principi di affidamento e di eguaglianza rispetto ai vari soggetti privati con i quali la società in mano pubblica, ma con veste di società di diritto privato, entra in relazione, senza tacere della concorrenza che pure impone parità di trattamento tra gli operatori economici"); App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 690; e anche Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, cit., il quale precisa che al di fuori delle società cd. legali "non esiste un *tertium genus* tra enti pubblici e persone giuridiche di diritto privato, presidiato da regole incerte di diritto pretorio". Più in generale, tale istanza è espressa anche dalla legge 11 novembre 2011, n. 180, recante "Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese", che, appunto, valorizza "il diritto dell'impresa di operare in un contesto normativo certo (...)" (art. 2, comma 1, lett.c)).

conseguente alla qualificazione di una data figura soggettiva come pubblica o privata e non viceversa¹³.

3. (segue): b) il metodo cd. "funzionale".

A fronte del metodo cd. tipologico appena delineato, la giurisprudenza ha sviluppato un diverso orientamento, che, partendo dall'analisi delle finalità perseguite e degli interessi protetti in una determinata materia, perviene ad un'applicazione "a scacchi" delle disposizioni di diritto pubblico (qualora espressamente previste) e di diritto privato (qualora, in assenza di diverse previsioni, non vi sia ragione di derogarle in considerazione della natura degli interessi protetti)¹⁴.

Partendo da tali presupposti, si è quindi ritenuto che la stessa *ratio* che giustifica l'esenzione da fallimento dell'ente pubblico *ex art. 1 l.fall.*, possa valere anche per soggetti di natura privata cui lo stesso partecipa, posto che la dichiarazione di fallimento, anche in tal caso, produrrebbe un'inammissibile ingerenza dell'autorità giudiziaria in materie di pertinenza dell'autorità amministrativa, mentre l'effetto di spossessamento *ex art. 42 l.fall.* darebbe luogo alla cessazione dell'attività di impresa con conseguente interruzione del pubblico servizio¹⁵.

Diverso discorso potrebbe, invece, valere quando non si verifichi una lesione di tali interessi, come nel caso in cui la società non sia "necessaria" per il perseguimento delle finalità dell'ente pubblico ovvero non si verta in materia di servizi pubblici essenziali, precisazione che porterebbe quindi a distinguere tra società in mano pubblica cd. non necessarie (per le quali rimarrebbe applicabile il diritto fallimentare) e società in mano pubblica cd. necessarie (che, invece, proprio in virtù delle

¹³ In tal senso, G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, cit., p. 43 s.; G.ROSSI, *Gli enti pubblici*, Milano, Bologna, 1992, p. 262.

¹⁴ App.Torino, 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, p. 691 ss. (e integralmente su www.ilcaso.it).

¹⁵ App.Torino, 15 febbraio 2010, cit., che, appunto partendo da tali premesse, giunge a qualificare come soggetto privato, ai fini dell'applicazione della normativa concorsuale, il consorzio tra enti pubblici, sia perché la relativa gestione si ispira a criteri di imprenditorialità ed economicità sia perché dotato di autonomia gestionale, finanziaria, contabile e patrimoniale rispetto agli enti partecipanti; e anche Trib.Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 869 ss., il quale precisa come "la cessazione dell'attività di impresa, che normalmente consegue al fallimento, pregiudica l'interesse pubblico alla esecuzione continuativa e regolare del servizio stesso, senza che la possibilità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa possa evitarlo, essendo l'esercizio provvisorio un istituto volto alla tutela esclusiva dell'interesse dei creditori e non già di interessi pubblici".

considerazioni sopra richiamate, sarebbero escluse dalle procedure concorsuali) ¹⁶.

In base al ragionamento seguito dalle corti che condividono tale approccio, pertanto, l'interesse dei creditori a beneficiare dell'esecuzione concorsuale non assumerebbe carattere assoluto o inderogabile, potendo, invece, essere talora sacrificato in considerazione dell'interesse pubblico alla continuità nello svolgimento del servizio ¹⁷.

Anche tale impostazione sembrerebbe, però, discutibile sotto diversi profili.

In particolare, non solo il carattere speciale dell'esenzione *ex art. 1, l.fall.*, la renderebbe non suscettibile di applicazione per analogia a fattispecie non espressamente contemplate, ma una sua estensione anche alle società partecipate presupporrebbe- in base a quanto precisato- che la riqualificazione di queste ultime in enti pubblici sia effettuata da parte della legge (quantomeno in modo implicito) e non arbitrariamente dall'interprete ¹⁸.

Non a caso, anche presso quegli ordinamenti che prevedono analoga esenzione la stessa viene interpretata in senso restrittivo e, in ogni caso, non è riferita alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici ¹⁹.

¹⁶ Si veda, in particolare, G.D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile?*, cit., p. 696 s. Per tale distinzione, ancora, App.Torino, 15 febbraio 2010, cit.; e anche Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, cit.

¹⁷ In questo senso, G.D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi e insolvenza*, a cura di F.Fimmanò, Milano, 2011, p. 347.

¹⁸ In particolare, E.SORCI, *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S.Fortunato- G. Giannelli- F.Guerrera- M. Perrino, Milano, 2011, p. 533 ss., spec. p. 545, desumendo il carattere di specialità della disposizione dall'art. 4 della stessa Relazione del Guardasigilli al r.d. 267/1942.

¹⁹ L'art. 1, comma 3, della ley concursal n. 22/2003 (e successive modifiche), secondo cui "No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público", viene fatto infatti oggetto di un'interpretazione restrittiva: si vedano, in particolare, G. FALCONE, *La riforma concorsuale spagnola*, Milano, 2006, p. 70 s.; M.CARLO'N, in A.ROJO-E. BELTRA'N, *Comentario del la ley concursal*, tomo I, Madrid, 2004, p. 162 s. La legge fallimentare spagnola, tra l'altro, stabilisce che dette società non possono essere finanziate con fondi pubblici, a meno che tali finanziamenti non siano stati loro erogati alle stesse condizioni praticate nei confronti di qualsiasi altro soggetto privato: prevede l'art. 12, ley 5/2006, che "La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y las sociedades participadas a yoritariamente, directa o indirectamente, por ésta podrán per cibir transferencias, subvenciones, avales, subrogaciones e deuda, ampliaciones de capital y cualquier otro tipo de apor taciones

Ancora più rilevante è il fatto che il legislatore, pur essendo intervenuto in occasione della recente riforma fallimentare sull'art. 1, l.fall., abbia ribadito nella relativa relazione illustrativa come detta esenzione si riferisca ai soli enti pubblici che esercitano in via esclusiva o prevalente un'attività economica, senza alcuna estensione alle società partecipate²⁰.

Si vedrà, infine, come anche la tesi volta a distinguere tra società in mano pubblica "necessarie" e "non necessarie" si presti a diverse obiezioni che la rendono non pienamente convincente (*infra*).

4. L'evoluzione del sistema nella ricostruzione dello statuto applicabile alla società in mano pubblica: il contributo del diritto comunitario.

Prima di addentrarsi nel merito della specifica questione relativa alla fallibilità della società in mano pubblica, pare opportuno effettuare, alla luce degli spunti normativi e di sistema, alcune considerazioni volte a precisare la natura di tale fattispecie onde delinearne lo statuto applicabile e il tasso di specialità attribuibile²¹.

Un'importante spinta verso la tendenziale assimilazione della società pubblica a quella privata deriva indubbiamente dal diritto comunitario, che, proprio al fine di tutelare il regime di concorrenza tra imprese, nonché i principi di libertà di stabilimento e di circolazione dei

equivalentes con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales" (comma 4).

²⁰ Relazione ministeriale illustrativa, *sub* art. 1. Non a caso, il legislatore è successivamente intervenuto per ridurre l'ambito dell'esenzione in discorso, come precisa la stessa relazione illustrativa al decreto correttivo al d.lgs., n. 29/2007, *sub* art. 1, sottolineando che le modifiche all'art. 1 tengono conto del fatto che *"l'eccessiva riduzione dell'area della fallibilità venutasi a determinare a seguito della novella del 2006, ha impedito di assoggettare alla procedura fallimentare ed alle conseguenti sanzioni penali imprenditori di rilevanti dimensioni in grado di raggiungere elevati di indebitamento, con conseguente danno, sia per i numerosi creditori insoddisfatti che per l'economia in generale"*.

²¹ Precisa M.T. CIRENEI, *op.cit.*, p. 3, come sia improprio parlare di "statuto speciale" con riferimento alla società in mano pubblica, posto che la vasta ed eterogenea legislazione in materia di società a partecipazione pubblica *"realizza un ventaglio di discipline di specie che non sempre rilevano sul piano del diritto societario, limitandosi talvolta ad incidere esclusivamente sul regime dell'impresa e sulla iniziativa economica del socio pubblico"*.

capitali, porta ad escludere che l'una possa ingiustificatamente godere di un trattamento diverso e privilegiato rispetto all'altra ²².

Precisa, infatti, a tal riguardo lo stesso Trattato che le disposizioni in materia di concorrenza si applicano nei confronti di quelle imprese cui gli Stati attribuiscono "diritti speciali o esclusivi", anche nel caso in cui siano incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o abbiano carattere di monopolio fiscale, "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata" (art. 106, commi 1 e 2, T.F.U.E)²³.

Non pare dubbio, sotto tale profilo, che l'esonerare da fallimento le società a partecipazione pubblica insolventi - al di là di quanto strettamente necessario in base ad espresse previsioni legislative o alla "specifica missione" loro assegnata- potrebbe determinare una grave alterazione della concorrenza, nonché una disparità di trattamento tra

²² M.T. CIRENEL, *op.cit.*, p. 5, che osserva come in un'ottica concorrenziale assume rilevanza sia la previsione, nel codice o nella legislazione speciale, di una disciplina differenziata del modello organizzativo della società per azioni, sia la diffusione delle cd. società a partecipazione pubblica di diritto speciale difformi causalmente dal modello codicistico, sia la proliferazione delle società di diritto cd. singolare in genere. Più in generale, la stessa legislazione in materia di liberalizzazione delle attività di servizi ha precisato come qualsiasi restrizione, tra cui, in particolare, quella che impone al prestatore di servizi un determinato "statuto giuridico", è ammissibile solo nella misura in cui risponda ai requisiti di "necessità" e di "proporzionalità" stabiliti nella Direttiva 2006/123/ CE, art. 15, par. 2 e 3, e nel d.lgs., 26 marzo 2010, n. 59, di attuazione della stessa, artt. art. 10, comma 1, e 12.

²³ Su tale disposizione e sulla precisazione del relativo ambito di applicazione, si vedano A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit., spec. p. 823 ss.; A. TAMBURRANO- A. VALLETTA, *I servizi di interesse economico generale*, in AA.VV., *La concorrenza*, tomo I, Torino, 2005, p. 471 ss. Gli stessi principi sono poi affermati dalla legge nazionale *antitrust*, che precisa appunto come le relative disposizioni siano applicabili alle imprese private, alle imprese pubbliche o a prevalente partecipazione statale (art. 8, comma 1), ad esclusione di quelle che, invece "esercitano la gestione di servizi economici generali ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati" (comma 2). Precisa, Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, *Foro Amm.* - C.d.S. (II) 2012, 3, 696, che la società pubblica deve essere assoggettata, sul piano sostanziale, allo statuto privatistico dell'imprenditore, con applicazione soltanto di alcune regole pubbliche, in modo da rispettare quelle prescrizioni di diritto comunitario a tutela della concorrenza (in particolare artt. 106 e 345 del T.F.U.E.), che impongono il principio di pari trattamento tra impresa pubblica e privata: di conseguenza, è vietata l'attribuzione - al di fuori dei casi in cui si debba garantire la "missione pubblica" (art. 106, secondo comma) nel settore dei servizi pubblici - di qualunque diritto speciale o esclusivo in grado di incidere negativamente sulle regole concorrenziali; si veda anche Cons.Stato, 20 maggio 2011, n. 3013, in *Giur.comm.*, 2012, II, p. 615 ss., che osserva come il limite dello "strettamente necessario per la missione affidata" esclude che siffatta condizione possa diventare un alibi per condotte anticoncorrenziali che vadano oltre la "stretta necessità".

imprese pubbliche e private, in violazione dell'art. 106 del Trattato C.E., proprio perché, in tal modo, le une, a differenza delle altre, potrebbero continuare ad operare in perdita sul mercato, perlomeno fino a che non vengano poste in stato di liquidazione (per volontà dei soci o per sussistenza di altra causa di scioglimento, quale, in particolare, la perdita del capitale sociale) ovvero non venga loro revocato l'affidamento del servizio pubblico²⁴.

Del resto, si può persino dubitare della compatibilità dell'esenzione da fallimento con la disciplina sugli aiuti di Stato di cui all'art. 107 TFUE, potendo tale scelta essere considerata quale misura selettiva a favore di una particolare categoria di soggetti (appunto, le società insolventi partecipate da ente pubblico)²⁵.

Al di là dei profili concorrenziali, è comunque evidente che la creazione di modelli societari difformi da quello codicistico sarebbe da valutare anche alla stregua del principio costituzionale di uguaglianza²⁶.

In tale prospettiva, la previsione per la società in mano pubblica di scostamenti dal diritto comune talmente significativi da tradursi in una situazione di "immunità" rispetto all'applicazione delle regole di mercato o di ingiustificato privilegio verrebbe di certo a realizzare una situazione di disparità di trattamento tra socio pubblico e socio privato, nonché, tra

²⁴ Si veda sul punto, in particolare, Cass., 15 maggio 2013, n. 22209, in in www.ilcaso.it, che appunto precisa come "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 ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno dello stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità".

²⁵ Stabilisce l'art. 107 T.F.U.E. (ex art. 87 T.C.E.) che "Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza" (comma 1). Esclude la possibile rilevanza ai sensi della suddetta disciplina dell'esenzione da fallimento di società a partecipazione pubblica, G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., p. 349 ss.; ID, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., p. 721 ss., ritenendo che tale fattispecie non presenti quei presupposti (quali il "vantaggio gratuito" o il maggior onere per il bilancio dello Stato) invece richiesti dalla giurisprudenza comunitaria al fine di configurare una violazione della disciplina in esame.

²⁶ M.T. CIRENEL, *op.cit.*, p. 6 s.; sull'eccezione al principio di eguaglianza tra soci nei confronti degli enti pubblici, G.D'ATTORRE, *Il principio di uguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, p. 128 ss.

soci e creditori di società pubbliche e di società private, con effetti di inefficienza economica per lo stesso sistema²⁷.

5. (segue): L'influenza sul diritto nazionale nel passaggio dalle golden shares ai golden powers.

Spunti altrettanto rilevanti derivano, inoltre, dalla giurisprudenza comunitaria in materia di *golden shares*, volta, appunto, a ridimensionare la portata dei diritti speciali attribuiti dagli Stati membri ai soci pubblici di società privatizzate, proprio al fine di rendere i relativi statuti compatibili con le regole del diritto della concorrenza e non scoraggiare gli investimenti di operatori stranieri in tali società²⁸.

Le diverse pronunce rese in materia precisano, infatti, che i diritti speciali attribuiti al socio pubblico devono avere carattere determinato e preciso e il loro esercizio deve sottostare ad un principio di proporzionalità rispetto al perseguimento di esigenze di interesse generale²⁹.

²⁷ Basti pensare che, in base al recente *Rapporto sulle partecipazioni detenute dalle Amministrazioni Pubbliche al 31 dicembre 2011* del dicembre 2013, spec. p. 22, a cura del Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze (su www.dt.tesoro.it), nell'ambito delle società partecipate dalle amministrazioni locali, le dimensioni dei risultati negativi sarebbero mediamente più rilevanti di quelli positivi.

²⁸ Tra le pronunce più significative in materia di *golden shares*, Corte giustizia UE, grande sezione, 23 ottobre 2007, n. 112 (caso cd. "Volkswagen"), in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 1, 383, con nota di F. GOISIS, *La natura della società in mano pubblica tra interventi della Corte europea di Giustizia e del legislatore nazionale*, che precisa "L'adozione di una legge da parte di uno Stato membro con la quale si riconoscono diritti speciali di voto e di nomina dei rappresentanti nel Consiglio di sorveglianza di una società è una violazione del principio della libera circolazione dei capitali perché ha l'effetto di dissuadere gli investimenti da parte di azionisti di altri Stati. Spetta poi allo Stato in causa dimostrare che l'adozione di una legge con la quale sono previste misure a vantaggio di autorità pubbliche è giustificata da interessi legittimi, come la tutela dei lavoratori e dei piccoli azionisti, e sia necessaria e proporzionale rispetto all'obiettivo perseguito". Si veda anche, Corte Giustizia, 30 maggio 1991, cause riunite C- 19/20 e C- 20/90 (caso cd. "Karella"), in www.eur-lex.europa.eu, ha dichiarato l'inammissibilità di una normativa nazionale che, allo scopo di garantire la sopravvivenza e la continuazione dell'attività di imprese di particolare importanza dal punto di vista economico e sociale e si trovavano, a causa del loro indebitamento eccessivo, in una situazione eccezionale, stabiliva la possibilità di decidere con atto amministrativo l'aumento del loro capitale sociale.

²⁹ Per questa ragione, ad esempio, la Corte di Giustizia ha reputato la Repubblica italiana inadempiente agli obblighi comunitari stante la normativa di cui agli artt. 1, comma 5, e 2 del decreto legge 31 maggio 1994, secondo cui i poteri speciali dovevano essere esercitati "tenuto conto degli obiettivi nazionali di politica economica e industriale": in particolare,

In tale prospettiva, il nostro legislatore è stato, pertanto, chiamato a rivedere la disciplina di cui agli artt. 2449 ss., c.c., giudicata non conforme ai principi del diritto comunitario: tale revisione ha portato, sia all'abrogazione dell'art. 2450 c.c., che alla riformulazione dell'art. 2449 c.c., la cui originaria versione- consentendo allo statuto di attribuire al socio pubblico poteri più che proporzionali rispetto alla partecipazione posseduta- è stata, appunto, considerata in contrasto con l'art. 56 del Trattato CE ³⁰.

Spunti altrettanto significativi emergono, inoltre, dal decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, che, attribuendo al governo italiano poteri speciali sugli assetti proprietari e sull'operatività straordinaria di talune imprese operanti nei settori economici strategici, segna il passaggio dal regime delle cd. "golden shares" a quello dei cd. "golden powers" ³¹.

l'eccessiva discrezionalità riconosciuta in tal modo alle autorità pubbliche è stata ritenuta tale da attribuire ai poteri speciali un carattere non proporzionato, poiché rendeva assai probabile il rischio che le deroghe alle libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento fossero attivate anche quando non fosse necessario al perseguimento delle esigenze di interesse generale ed in assenza di un controllo preventivo della Commissione (Corte Giustizia, 26 marzo 2009, n. 326, con nota di I. DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, in *Giur.comm.*, 2009, II, p. 640 ss.).

³⁰ Vedi Corte Giust., 6 dicembre 2007, in causa C-464/04 (caso AEM), in *Giur.comm.*, 2008, II, p. 576, con nota di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, secondo cui, tale disposizione, "Fornendo agli azionisti pubblici uno strumento che permette loro di limitare la possibilità degli altri azionisti di partecipare alla società con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo (...) è idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri Stati membri dall'investire nel capitale di tale società e costituisce dunque una restrizione dei movimenti di capitali"; Corte Giust., 26 marzo 2009, n. 326, in *Giur.comm.*, 2009, II, p. 629 ss., secondo cui "La salvaguardia di un interesse imperativo rilevante per la collettività può consentire l'attribuzione di diritti speciali allo Stato che partecipa a un'impresa privatizzata godendo dei diritti di veto e di nomina degli amministratori, a patto però che lo Stato che usufruisce di tali benefici dimostri l'esistenza dell'interesse generale e il legame tra diritto speciale e tutela di detto interesse. Spetta inoltre allo Stato provare che la misura adottata è proporzionata rispetto all'obiettivo conseguito e quindi compatibile con il diritto comunitario". Sul nuovo testo di cui all'art. 2449 c.c., si vedano, in particolare, C.IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., p. 6 ss.; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv.soc.*, 2009, p. 947 ss.; F.GHEZZI-M.VENTOTUZZO, *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. Più in generale sul tema, F. SANTONASTASO, *La "saga" della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur.comm.*, 2007, I, p. 302 ss.

³¹ Per un commento, L. ARDIZZONE- M.L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur.comm.*, 2013, I, p. 919 ss.; A. SACCO GINEVRI- F.M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 2013, p. 109 ss.; E.FRENI, *Golden*

L'intervento in questione prevede, in particolare, che i poteri speciali dello Stato si configurino in vario modo, a seconda che ineriscano i settori della difesa e della sicurezza nazionale (ove possono essere fatti valere in caso di minaccia "di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale") (art. 1, comma 1), ovvero riguardino i settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (ove possono essere esercitati in presenza di una situazione "eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti") (art. 2, comma 3).

Per quanto rileva in questa sede, è possibile sottolineare come la nuova normativa, pur avendo esteso il proprio campo di applicazione al di là delle società privatizzate, nonché a tutte le attività di rilevanza strategica concretamente individuate dai pubblici poteri- a prescindere da un'attuale o pregressa partecipazione al relativo capitale- si limiti, in realtà, ad operare su un piano esclusivamente pubblicistico, traducendosi cioè in una vigilanza esterna idonea ad influenzare gli assetti proprietari e l'operatività di tutte le imprese operanti in settori strategici, non anche ad incidere sul piano dei rapporti societari e quindi ad indirizzare l'attività aziendale verso obiettivi diversi da quelli tipicamente imprenditoriali³².

In altri termini, in base al quadro delineato, emerge in modo evidente che il legislatore, anche quando abbia inteso valorizzare determinate esigenze di carattere pubblicistico, lo abbia fatto pur sempre nel rispetto degli obiettivi e delle finalità dell'attività di impresa, senza stravolgere istituti societari tipici piegandoli ad interessi extrasociali.

6. La società in mano pubblica tra diritto comune e diritto speciale: il dibattito interno.

Molteplici sono, inoltre, gli argomenti che, sul fronte dell'ordinamento interno, parrebbero evidenziare l'esigenza di realizzare

share: raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, p. 25 ss.

³² A. SACCO GINEVRI- F.M. SBARBARO, *op.cit.*, spec. p. 147 ss., specificando come tali vincoli di carattere pubblicistico si esplichino il più delle volte all'esterno dell'impresa e delle sue dinamiche gestorie e finanziarie, che rimangono ispirate esclusivamente all'interesse sociale e imprenditoriale: emblema di questo mutamento di prospettiva sarebbe rappresentato dall'eliminazione di "congegni di diritto societario a contenuto "singolare" piegati a esigenze pubblicistiche", quali, ad esempio, clausole statutarie immodificabili, amministratori di nomina pubblica obbligatoriamente privi del diritto di voto, ecc. E anche L. ARDIZZONE- M.L. VITALI, *op.cit.*, spec. p. 924 s.

una “perfetta identità di condizione giuridica fra impresa pubblica e impresa privata”³³.

Come noto, il dibattito tradizionale sviluppatosi al riguardo evidenzia una contrapposizione tra una visione cd. privatistica, secondo cui le società a partecipazione pubblica sarebbero soggette al medesimo regime di disciplina delle società di capitali a partecipazione privata, e una visione cd. pubblicistica, la quale, invece, proprio in considerazione della rilevanza degli interessi pubblici nell’ambito di tale fattispecie, giunge ad ammettere la sostituzione delle norme societarie dettate dal codice civile con altre di natura pubblicistica ³⁴.

Secondo i sostenitori della prima tesi, il fatto che legislatore attraverso la disciplina *ex artt.* 2449 ss., c.c., abbia scelto di regolare solo taluni profili della materia (ovvero, quelli concernenti la nomina e la revoca di rappresentanti dello Stato o degli enti pubblici negli organi di amministrazione e di controllo), rinunciando, invece, a dettare una disciplina organica sulle partecipazioni pubbliche, sarebbe significativo e

³³ In questi termini, F.GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, cit., p. 445. In dottrina, paiono orientati verso una concezione privatistica della società a partecipazione pubblica, in particolare, F.GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir.ec.*, 2013, p. 41 ss.; F. FIMMANO, *Il Fallimento delle “società pubbliche”*, cit., p. 1 ss.; ID, *L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività*, in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi e insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, p. 13 ss.; C.IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., p. 1 ss.; ID, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv.dir.civ.*, 2010, p. 365 ss.; vedi anche F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2005, p. 681 ss., p. 682 s.; A.ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, 1977, p. 245 ss., pur precisando che tale conclusione non implica la totale soggezione al diritto comune delle società. Distingue invece tra società a partecipazione pubblica di diritto comune e società a partecipazione pubblica di diritto speciale, G. VISENTINI, *op.cit.*, p. 88, p. 93 ss. e p. 105 ss., sostenendo che, nel primo caso, la società è disciplinata dal diritto comune, in conformità del codice civile, quando il fine pubblico cui è indirizzata l’attività del socio pubblico è compatibile con gli interessi che l’art. 2247 c.c. consente di perseguire nella società, mentre, nel secondo caso, la partecipazione dell’ente pubblico nella società è incompatibile con la causa lucrativa.

³⁴ Per un quadro delle diverse posizioni in argomento e la relativa evoluzione normativa, M.T. CIRENEI, *op.cit.*, p. 3 ss. Per completezza, è anche possibile segnalare una posizione intermedia, che tenta di distinguere, nell’ambito delle società a partecipazione pubblica, tra società operanti sul mercato (“società di mercato”) e soggetti che, pur dotati di forma societaria, sono parte della pubblica amministrazione (“semi-amministrazioni”): in tal senso, sembrano orientarsi Assonime (“*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*”) (Rapporto Assonime, Roma, settembre 2008, p. 18 ss., su www.assonime.it) e talune pronunce della stessa Corte Costituzionale: Corte Cost., 1° agosto 2008, n. 326, e Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 148, che, appunto, distinguono tra società che svolgono attività di impresa e società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica.

coerente con la volontà di assoggettare le società partecipate al diritto comune invece che ad una normativa speciale³⁵.

In tal senso, si pone già la stessa relazione al codice civile, laddove precisa che “(...) è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici”, con la conseguenza che “La disciplina comune delle società per azioni deve (...) applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente”³⁶.

Il che significa, in altri termini, che la posizione dell'ente pubblico all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza e soltanto in tale veste esso potrà influire sul funzionamento della stessa, avvalendosi non già di poteri pubblicistici, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario³⁷.

Se quindi è vero, come conferma un indirizzo piuttosto consolidato della giurisprudenza di legittimità, che la società in mano pubblica “non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo per il rapporto di dipendenza con l'ente pubblico”, è altresì vero che a quest'ultimo non sarà consentito di “incidere unilateralmente (...) sull'attività della società mediante l'esercizio di

³⁵ M.T. CIRENEL, *op.cit.*, p. 10; F.FIMMANO', *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, cit., p. 1297 s., che appunto sottolinea come nessuna di tali norme sia in grado di determinare “effetti enucleativi di un “tipo” a se stante, dotato di una natura giuridica peculiare”; C.IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., spec. p. 6 (“Lungi dall'essere casuale, la “leggerezza” della disciplina (...) è il frutto di una precisa scelta di politica legislativa, volta a equiparare il trattamento delle iniziative economiche pubbliche e di quelle private, assoggettando anche le prime, in caso di adozione della forma societaria, al diritto societario comune”) e ss.; negli stessi termini, ID, *Forma societaria e diritto pubblico*, cit., spec.p. 369 ss.

³⁶ Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 998. In modo altrettanto significativo, altro passo della stessa Relazione, distinguendo tra impresa pubblica in senso formale (ente pubblico) e impresa pubblica in senso sostanziale (in forma di società e quindi di persona giuridica di diritto privato), ha, appunto, precisato che “lo Stato trova spesso conveniente organizzare le imprese da esso assunte nelle stesse forme dell'impresa privata- specialmente nella forma della società per azioni- nel quale non vi è luogo a parlare, in senso formale, di impresa pubblica. Ma anche se l'esercizio dell'impresa viene assunto dall'ente pubblico con gestione diretta o se l'impresa si organizza come ente pubblico autonomo, non vi è ragione aprioristica perché l'impresa pubblica non sia assoggettata alla disciplina del codice civile che vale per l'impresa privata, in quanto quella e questa operino sullo stesso piano” (Relazione al codice civile, par. 837). Detto altrimenti, “la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta” (Cass., sez.un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giur.comm.*, 2011, II, p. 306 ss.).

³⁷ In questi termini, Cass., sez.un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Soc.*, 2006, p. 870.

*poteri autoritativi o discrezionali, non prevedendo la legge alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società*³⁸.

In senso diametralmente opposto, si pongono, invece, quelle opinioni che, al fine di connotare in senso pubblicistico le società partecipate, giungono- come accennato- a riqualificarle come enti pubblici, ritenendo che la presenza della partecipazione dello Stato o di una pubblica amministrazione al capitale della società privata possa alterarne la struttura e giustificare una deviazione dai comuni principi di diritto societario³⁹.

Tale impostazione sarebbe, tra l'altro, favorita dall'improprio utilizzo di nozioni di stampo sostanzialistico di derivazione comunitaria, quale, in particolare, quella di "organismo di diritto pubblico", che, pur rilevando solo sul piano della disciplina in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica, è stata spesso utilizzata dalla

³⁸ Tra le ultime, si veda Cass., Sez.un., 20 febbraio 2013, n. 4217. In tal senso, Cass., sez.un., 3 maggio 2013, n. 10299, in *Soc.*, 2013, p. 974 ss., con commento di F. FIMMANO'. La Cassazione ha reiteratamente affermato il principio per cui "la società per azioni non muta la sua natura di soggetto privato solo perché l'Ente pubblico ne possiede in tutto o in parte le azioni" (così, tra le altre, Cass., sez.un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 4; Cass., sez.un., 31 luglio 2006, n. 17287, *ivi*, 2006, 7-8). Una particolare applicazione di tali principi è stata data di recente dalla giurisprudenza a proposito della applicazione della legge n. 231/2001 alla società a partecipazione pubblica, anche se svolge funzioni tipiche dell'ente territoriale, per gli illeciti compiuti da suoi amministratori o dirigenti (su cui vedi S.CIMINI, *La responsabilità da reato delle società pubbliche*, in *Dir.ec.*, 2012, p. 37 ss.): Cass. pen., 21 luglio 2010, n. 2899 (secondo cui "il tenore testuale della norma è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso", dovendo ricorrere anche la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica: la Corte osserva che la condizione dell'assenza di attività economica è "contraddetta dalla veste stessa di società per azioni": ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili, a prescindere da quella che sarà poi la loro destinazione"); nello stesso senso, Cass. pen., 10 gennaio 2011, n. 234, non pubblicata.

³⁹ Così, Cons.St., 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro amm.*, 2001, II, 614, precisa che Poste italiane s.p.a., pur avendo assunto la forma societaria, ha continuato ad essere sottoposta ad una disciplina derogatoria rispetto a quella codicistica e sintomatica della strumentalità rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche al punto tale da essere qualificata organismo di diritto pubblico; Cons.St., 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro it.*, 2003, III, 205 (che, con riguardo a Enel s.p.a., precisa come sia da escludere che la semplice veste formale di s.p.a. sia idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che, in mano al controllo maggioritario dell'azionista pubblico, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici laddove essi siano assoggettati ad una disciplina caratterizzata dalla presenza di importanti deroghe rispetto al regime societario tipico; anche, Cons.Stato, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro it.*, 2003, III, 238.

giurisprudenza amministrativa, proprio al fine di riqualificare l'imprenditore commerciale come soggetto di natura pubblica⁴⁰.

In tale prospettiva, la società, perciò, rappresenterebbe un "neutro strumento organizzatorio", applicabile, sia in presenza di una causa lucrativa *ex art. 2247 c.c.*, che di un fine pubblico incompatibile con lo scopo di lucro⁴¹.

La tendenza giurisprudenziale a piegare il diritto societario a finalità di natura pubblicistica emerge, del resto, in modo emblematico a proposito del cd. "*in house providing*", in base al quale non vi sarebbe appalto (e quindi relativo obbligo di gara) "*nel caso in cui l'ente (pubblico) eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano*"⁴².

Secondo quanto precisato dai giudici comunitari, il controllo cd. "analogo" dovrebbe, infatti, essere talmente penetrante da risultare

⁴⁰ In realtà, il carattere settoriale della nozione di organismo di diritto pubblico emerge in modo chiaro dal codice degli appalti pubblici (d.lgs., 12 aprile 2006, n. 163), che, appunto specifica all'art. 3, comma 26, come tale definizione valga solo "*ai fini del codice*". In tale prospettiva, Cass., sez.un., 9 marzo 2012, n. 3692, secondo cui la qualificazione della società come organismo di diritto pubblico rilevarebbe solo sul piano della disciplina di derivazione comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica; così anche Corte Giust. UE, grande sezione, 24 gennaio 2012, in *Riv.dir.int.*, 2012, p. 562, che distingue la forma giuridica del soggetto dal fatto che lo stesso sia stato incaricato dalla pubblica autorità di prestare un servizio d'interesse pubblico, disponendo a tal fine di poteri che oltrepassano quelli risultanti dalle norme che si applicano tra singoli. Si veda anche Cons.Stato, 9 gennaio 2013, n. 66, in *Foro amm. CDS*, 2013, 180, secondo cui la nozione di organismo di diritto pubblico di matrice comunitaria prescinde dal formale collocamento dello stesso nel novero delle persone giuridiche pubbliche o private e, in ogni caso, tale qualificazione non determina di per sé l'esonero dal rispetto delle regole civilistiche se tale soggetto abbia agito come operatore economico. A tale esito la Suprema Corte è pervenuta persino nel caso di società cd. legale, affermando che la RAI s.p.a., pur costituendo organismo di diritto pubblico e ed essendo soggetta a varie forme di controllo e di indirizzo pubblici, resta pur sempre una società per azioni, come tale soggetta alle regole privatistiche ove dalla legge non diversamente disposto (così, Cass., sez.un., 22 dicembre 2011, n. 28329, in *Giust.civ.*, 2012, I, 320). Sull'improprio utilizzo della nozione di organismo di diritto pubblico, F.FIMMANO', da ultimo in, *Il fallimento delle "società pubbliche"*, cit., p. 19 ss.

⁴¹ In questi termini, Cons.Stato, sez.VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *Foro Amm. - C.d.S. (II)* 2002, 1310; e anche Cons. Stato, 19 aprile 2011, n. 2434, in *Foro Amm. - C.d.S. (II)* 2011, 4, 1311.

⁴² Così Corte Giust.eur., sez. V, 18 novembre 1999, causa C- 107/98, *Teckal*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2000, p. 1393 ss., che si considera essere la prima pronuncia in materia.

incompatibile con “*ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma*” dall’organo amministrativo ⁴³.

Allo stesso modo, la nostra giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire come – in tale contesto- il consiglio di amministrazione della società, da un lato, non debba avere “*rilevanti poteri gestionali*” e l’ente pubblico controllante, dall’altro, sia, invece, tenuto ad esercitare “*poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale*”⁴⁴.

7. La conferma della riconducibilità della società a partecipazione pubblica alla disciplina codicistica delle società di capitali ex art. 4, comma 13, d.l. 95/2012. I corollari sul piano del diritto societario.

Un importante riscontro della tesi sin qui sostenuta deriva dal recente d.l. cd. *spending review* (d.l., n. 95/2012, convertito in legge n.135/2012), che, in materia di società a partecipazione pubblica, ha, appunto, dettato una norma di generale rinvio alla disciplina codicistica delle società capitali, precisando che “*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 dettata dal codice civile in materia di società di capitali*” (art. 4, comma 13).

Come specificato negli atti parlamentari, tale disposizione sarebbe, infatti, volta “*(...) ad imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva “entificazione” pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e*

⁴³ E si veda in questi termini il noto caso “*Parking Brixen*”, Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C- 458/03, reperibile su <http://eur-lex.europa.eu>. In argomento, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, in P. BENAZZO-M-CERA-S.PATRIARCA, *Il diritto delle società oggi, Innovazioni e persistenze, Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, p. 473 ss., ivi, p. 496 s. E si veda anche F. GUERRA, *Il “controllo analogo”*, in *Giur.comm.*, 2011, p. 774 ss., spec. p. 781. Definisce “schizofrenico” il modo di agire del legislatore comunitario, che, da un lato, censura norme quali l’art. 2449 c.c., che permettono agli statuti di attribuire ai soci pubblici poteri più che proporzionali rispetto alla loro partecipazione e, dall’altro, esige che il socio pubblico possa esercitare poteri ben maggiori di quelli ad esso riconoscibili in base al diritto societario (quali, appunto, il controllo cd. analogo), C.IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., p. 25.

⁴⁴ Così, Cons. Stato, ad.pen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1119 ; ma si veda anche la più recente pronuncia di Cons.Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, 365, che incidentalmente ribadisce l’idea che dallo statuto e dall’atto costitutivo si debbano evincere i poteri di direttiva e di controllo da parte del socio pubblico circa la finalizzazione della attività sociale ai fini istituzionali (cfr. punto 36.2).

la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione"⁴⁵. Più volte, inoltre, essa è stata considerata norma di interpretazione autentica ⁴⁶.

In altri termini, la citata previsione- vera e propria "norma di chiusura del sistema"⁴⁷- chiarirebbe in modo definitivo che la disciplina applicabile alla società in mano pubblica deve essere ricavata attraverso il rinvio al comune diritto societario e pone una presunzione in tal senso, laddove una diversa soluzione, che porti all'applicazione di disposizioni di altra natura, sarebbe ammissibile solo in quanto espressamente prevista dalla legge e non semplicemente desumibile in via interpretativa.

Come sottolinea una recente pronuncia delle sezioni unite, l'art. 4, comma 13- stante la sua natura di norma di interpretazione autentica- appunto confermerebbe, da un lato, che il socio pubblico deve rapportarsi con la società di capitali alla stregua di qualsiasi altro socio privato e, dall'altro, che il rapporto tra ente pubblico e società deve ritenersi di "assoluta autonomia", essendo obiettivo del legislatore "impedire che gli enti pubblici, operanti a mezzo di società di diritto privato, agiscano con una razionalità estranea al mercato"⁴⁸.

Alla luce di una tale evoluzione dell'ordinamento, pare quindi possibile rivedere in "senso privatistico" una serie di questioni concernenti la disciplina della società a partecipazione pubblica, tra cui, in particolare, quella del tradizionale conflitto tra interesse pubblico e interesse privato.

Richiamare il diritto societario comune significa, infatti, rendere applicabili, non solo le disposizioni espressamente previste dalla legge, ma

⁴⁵ Dossier del Servizio Studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, n. 39.

⁴⁶ Si vedano, in particolare, il parere del Comitato per la legislazione del Senato sul disegno di legge n. 5389 e Servizio Studi della Camera- Osservatorio legislativo e parlamentare, Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto legge (che precisa "Numerose disposizioni sono formulate in termini di interpretazione autentica (...)"), includendo tra queste anche quella di cui all'art. 4, comma 13). In una circolare regionale tale previsione è, inoltre, stata definita quale "norma di chiusura" che "dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie" (Regione siciliana, circolare 29 agosto 2012, prot. n. 5444, *Questioni applicative nell'ordinamento regionale dell'art.4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135*).

⁴⁷ Cass., 13 maggio 2013, n. 11417, in *Giur.it.*, 2013, 1243.

⁴⁸ In tal senso, Cass., 13 maggio 2013, n. 11417, cit., che, al fine di chiarire gli obblighi di natura previdenziale gravanti su una società a capitale prevalentemente pubblico, attribuisce a tale norma "un significato interpretativo confermativo"; nel senso di rinvenire una conferma in senso privatistico della società in mano pubblica, di recente anche Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.cassazione.it.

anche i principi generali dell'ordinamento societario, nonché la logica che presiede il rapporto tra soci (e quindi, sostanzialmente, il principio maggioritario), senza che il perseguimento dell'interesse pubblico possa alterare tale sistema⁴⁹.

⁴⁹ Ritengono che l'interesse pubblico confluisce nell'interesse sociale e concorre con l'interesse patrimoniale ed imprenditoriale, non potendo sistematicamente prevalere su quello degli altri soci né essere indebitamente sacrificato da essi, G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir.civ.*, 2005, p. 157 ss., spec. p. 165 ss.; in prospettiva non dissimile, F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv.dir.civ.*, 2011, p. 545 ss., ivi, p. 569; M.T. CIRENEL, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., p. 99 ss Tra gli altri sul conflitto di interesse tra socio pubblico e socio privato, G.GRUNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Dir.ec.*, 2012, p. 3 ss., ove sottolinea come il diritto societario non consenta l'attribuzione al socio pubblico di alcuna posizione di prevalenza all'interno della compagine societaria, salvo la stipulazione di appositi patti parasociali; più in generale anche A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, p. 515 ss. Nella dottrina tradizionale, sul tema dell'interesse pubblico in rapporto all'interesse sociale nelle società a partecipazione pubblica si contrappongono, in sostanza, due orientamenti (ben sintetizzati da F.GALGANO, da ultimo in *Diritto commerciale*, cit., p. 450 ss.): da un lato, si pone la teoria volta ad affermare che l'interesse pubblico deve essere inteso come interesse extrasociale di alcuni soci, destinato a soccombere di fronte all'interesse sociale (tra gli altri, A. ASQUINI, *I battelli del reno*, in *Riv.soc.*, 1959, p. 618 ss., ivi, p. 621 s.; G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv.soc.*, 1958, p. 43 ss., spec. p. 57 s.; T. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv.soc.*, 1959, p. 995 ss., ivi, p.1012 ss.; C. GRASSETTI, *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*, in *Riv.soc.*, 1958, spec. p. 1 s.; A.MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv.soc.*, 1958, p. 725; G. DE FERRA, *In margine alla riforma della società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv.soc.*, 1967, p. 795 ss.; G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit., p. 93 ss.; A.ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, cit., p. 62 ss., anche per una sintesi delle diverse posizioni); secondo l'opposta teoria, invece, il pubblico fine diverrebbe lo scopo della società e l'interesse sociale cesserebbe di essere l'interesse dei soci al profitto per identificarsi con l'interesse pubblico del quale è portatore l'ente pubblico socio di maggioranza, mentre l'interesse al profitto, proprio degli azionisti privati di minoranza, sarebbe destinato ad essere sacrificato di fronte all'interesse sociale (vedi, in particolare, S.D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960, p. 212, ove specifica come in questo tipo di società, l'interesse sociale è quello del socio di maggioranza, mentre il socio di minoranza nella stipulazione del contratto sociale accetta preventivamente di concorrere allo svolgimento di un'attività economica gestita dal socio di maggioranza e secondo criteri che non sono quelli tipici della società che si va a costituire; vedi anche, nella dottrina commercialistica, G. FERRI, *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale*, in *Riv.soc.*, 1958, p. 1184 spec. p. 1197; G.COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa e privata e gli interessi sociali*, in *Arch.giur.*, 1965, p. 45 ss.; A.PAVONE LA ROSA, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in *Gruppi di società*, a cura di A.Pavone La Rosa, Bologna, 1982, p. 185 ss.; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, p. 192 ss.).

Diversamente, ammettere che un singolo socio possa far prevalere l'interesse di cui è portatore ridurrebbe la razionalità dell'investimento di chi ha diverse motivazioni, quindi restringendo anche l'area dei possibili investitori⁵⁰.

In tale prospettiva, parrebbe, pertanto, da rileggere l'altro rilevante problema relativo alla compatibilità tra la causa lucrativa e il fine pubblico che ispira l'agire dell'ente. Essendo la lucratività elemento essenziale ai fini della qualificazione della fattispecie societaria *ex art. 2247 c.c.*, il suo ricorrere sarebbe imprescindibile in ogni società, non potendo la presenza della partecipazione pubblica comportare una deviazione dallo scopo tipico previsto per legge⁵¹.

In base a tali premesse, ci si potrebbe allora chiedere se la causa lucrativa in tali società sia in qualche modo attenuata dalla concomitante presenza dell'interesse pubblico, ovvero, piuttosto non implichi la massimizzazione del valore delle partecipazioni pubbliche al pari di quanto si sostiene per quelle private⁵².

⁵⁰ C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv.dir.comm.*, 2012, I, p. 573 ss., *ivi*, p. 574, il quale sottolinea anche come l'interesse sociale non può essere concepito in modo unitario, dovendosi, invece, prendere atto della possibile sussistenza di una pluralità di "interessi sociali", tutti parimenti rilevanti, e rispetto ai quali ogni scelta sociale e gestionale presuppone un loro costante bilanciamento, senza che a nessuno di essi possa essere assicurata un'assoluta preminenza.

⁵¹ G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, *cit.*, p. 163 s. Allude ad uno scopo lucrativo "temperato" o "differenziato", F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, *cit.*, p. 569. Precisa Cons.Stato, 20 marzo 2012, n. 1574, *cit.*, come l'interesse pubblico, proprio delle società pubbliche, è compatibile con lo scopo lucrativo che caratterizza, a livello tipologico, le società per azioni, dovendosi infatti, ritenere che, soprattutto dopo la riforma del diritto societario del 2003, l'interesse sociale non abbia una connotazione omogenea ed unitaria, in quanto confluirebbero nell'assetto societario non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci (si pensi al socio investitore e a quello imprenditore) ma anche interessi diversi riferibili a soggetti terzi. In questa prospettiva, non si potrebbe allora ritenere che il rispetto dell'interesse pubblico sia idoneo ad alterare il tipo societario conducendo alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile.

⁵² Così, F.GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, *cit.*, p. 44; ID, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, p. 117 s., *spec. p.* 180 ss.; e, nel senso che gli amministratori della società partecipata sono tenuti ad indirizzare il proprio operato verso la massimizzazione del valore dell'impresa sociale, A.ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, *cit.*, p. 176 ss., anche per la critica alla tesi che ritiene l'interesse pubblico componente dell'interesse sociale così da imporre agli amministratori di tenerne conto nelle scelte di gestione. Il principio che impone di massimizzare il valore delle partecipazioni pubbliche viene previsto in diversi paesi dell'Ocse, che, appunto, espressamente individuano come obiettivo generale della pubblica amministrazione, nella veste di azionista di società, la creazione di valore e

Tali considerazioni sembrerebbero, del resto, avvalorate dalla stessa previsione codicistica con cui si ribadisce che amministratori e sindaci “hanno diritti e obblighi dei membri nominati dall’assemblea” (art. 2449, ult.comma, c.c.), che parrebbe da intendere nel senso che, solo in caso di espressa deroga legislativa, la società può essere gestita in difformità dal suo scopo legale tipico e quindi dalla stessa causa lucrativa⁵³.

Più in generale, dunque, l’introduzione dell’art. 4, comma 13, potrebbe consentire di risolvere talune questioni strettamente correlate alla natura della società in mano pubblica e ancora dibattute: si pensi, ad esempio, all’estensione dei poteri spettanti ai soci pubblici in materia di gestione e controllo delle società partecipate, ma anche alla stessa legittimità del fenomeno *cd. in house* (nella misura in cui si ponga in contrasto con il principio di cui all’art. 2380-bis, c.c., che, come noto, attribuisce la competenza gestoria esclusivamente in capo agli amministratori)⁵⁴; si pensi anche ai temi dell’assoggettabilità della *holding*

prevedono che altri eventuali obiettivi dell’azionista pubblico debbano essere espressamente dichiarati: vedi Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, cit., p. 24, testo e nota 34, che cita il caso della Svezia, ove si prevede che “l’obiettivo generale del Governo è la creazione di valore per gli azionisti” (*State Ownership Policy*, 2006), della Francia, secondo cui tale obiettivo coincide nel “contribuire a una maggiore valorizzazione delle azioni dello Stato nelle società pubbliche” (*Loi Organique sur les Lois de Finance*, 2006), o del Regno Unito ove si rende necessario “assicurare che le partecipazioni azionarie della pubblica amministrazione producano stabilmente risultati positivi e un rendimento del capitale nel tempo nell’ambito dei parametri di policy, regolazione e soddisfazione dei clienti posti dal Governo, che agisce come un azionista efficace e intelligente”.

⁵³ In particolare in tal senso, F.GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., p. 117 s. ; si veda anche , C.IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv.soc.*, 2005, p. 3 ss., p. 4. Si veda però, N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. 162, che rinvia una sorta di “contrasto ontologico” tra lucro e pubblicità ; ravvisa la non essenzialità dello scopo di lucro, G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, cit., p. 28 ss. (rifacendosi alla tesi espressa più in generale da G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv.dir.civ.*, 1973, p. 151 ss.). Una considerazione speciale riguarda le società *cd. legali*, ove la stessa legge può in virtù di specifica disposizione in tal senso far prevalere lo scopo pubblico su quello lucrativo: si veda, in particolare, C.IBBA, *Le società “legali”*, cit., p. 257 ss. (“Non è arbitrario, dunque, far discendere dall’adozione dello strumento societario una “presunzione di lucratività”, che sarà vinta là dove si constati che la soddisfazione dell’interesse pubblico alla attività-oggetto esige, appunto, il ripudio dello scopo di lucro”) e p. 262 s. (“Se, infatti, per quanto precede, non esiste un rapporto di esclusione reciproca fra scopo pubblico e scopo di lucro, è però chiaro che non può negarsi alla legge speciale il potere di derogare all’art.2247 c.c., e di derogarvi anche implicitamente assegnando alla società un oggetto che la “costringa” ad operare al di fuori della causa societaria tipica”).

⁵⁴ In questi termini, F.GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, cit., spec. p. 75 ss. E sull’anomalia dell’*in house* rispetto al diritto delle società di capitali, anche in forma di s.r.l., Cass., 25 novembre 2013, n. 26283, cit. Per quanto riguarda il dibattito in materia di governo della società pubblica, si vedano, in particolare, F. GUERRERA, *Lo statuto della*

pubblica alla normativa sulla direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss., c.c., e della giurisdizione (civile o contabile) applicabile alle controversie aventi ad oggetto le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci delle stesse società partecipate⁵⁵.

8. (segue): I corollari sul piano del diritto fallimentare.

Alla luce delle considerazioni sinora effettuate, pare, perciò, difficile condividere quelle letture volte a “pubblicizzare” la disciplina dell’ente societario onde negare la sua sottoposizione a fallimento, dovendosi ritenere che il generale rinvio alla disciplina codicistica delle società di capitali ex art. 4, comma 13, d.l. n. 95/2012, implichi anche la riaffermazione della regola generale di cui all’art. 2221 c.c., che, appunto,

nuova società “a partecipazione mista” pubblico- privata, in *Riv.dir.civ.*, 2011, I, p. 545 ss. A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv.soc.*, 2004, p. 842 ss.; M. DE ACUTIS, *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommercialista*, in AA.VV., *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007, a cura di V. Domenichelli, Padova, 2008, p. 51 ss.

55 Tra i più recenti contributi in materia, M.DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, p. 855 ss. Sul tema della applicabilità degli artt. 2497 ss., c.c., in particolare, M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv.dir.comm.*, 2010, I, p. 1177 ss.; A. CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell’ente pubblico*, in *Soc.*, 2008, p. 557 ss.; G. ROMAGNOLI, *L’esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2004, II, p. 214 ss.; F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico- privata*, cit., p. 573 ss.; C.IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 6 ss.; per quanto riguarda in particolare il tema della giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori: C.IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur.comm.*, 2012, I, p. 641 ss.; G. ROMAGNOLI, *La società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur.comm.*, 2006, I, p. 473 ss.; ID, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in AA.VV., *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, cit., p. 151 ss.; di recente anche G. PELLEGRINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti i servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *R.D.S.*, 2012, p. 409 ss. In giurisprudenza, si vedano da ultimo, Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., che riconosce la giurisdizione contabile per le società cd. *in house* data la loro natura strumentale rispetto all’ente pubblico; Cass., sez.un., 3 maggio 2013, n. 10299, cit., la quale esclude la giurisdizione della Corte dei Conti nelle controversie aventi ad oggetto la responsabilità per *mala gestio* imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, ove il danno di cui si pretende il ristoro sia riferito al patrimonio della società che, non potendosi confondere con quello dei soci, appartiene alla società medesima, la quale non diviene essa stessa un ente pubblico per il solo fatto di essere partecipata da un ente pubblico.

estende il fallimento a tutti gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale con esclusione dei soli enti pubblici propriamente intesi⁵⁶.

Nello stesso senso, si pone quell'indirizzo giurisprudenziale già ricordato, che, basandosi sul noto principio per cui la società per azioni a partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto privato solo per il fatto che lo Stato o gli enti pubblici ne posseggano azioni in tutto o in parte, giunge, appunto, a concludere che *“le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento (...)”*⁵⁷.

Come, infatti, sottolinea in modo ancora più esplicito una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali- e quindi di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico-comporta anche *“che queste ultime 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 ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e le stesse modalità”*⁵⁸.

Le stesse considerazioni varrebbero anche nel caso in cui la società sia sottoposta al controllo totalitario dell'ente e abbia i presupposti per essere considerata cd. *in house*, trattandosi pur sempre di soggetti che

⁵⁶ Ritiene, invece, che una ricostruzione dell'istituto in termini esclusivamente privatistici rappresenterebbe *“una battaglia di retroguardia”*, con la quale si pretenderebbe di affermare principi e valori da tempo abbandonati, G.D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile?*, cit., p. 694 (*“Dire che, malgrado la presenza di un socio pubblico e di altri caratteri derogatori rispetto al modello di diritto comune, la società in mano pubblica totalitariamente controllata rimane pur sempre un soggetto privato, parificato in tutto e per tutto agli altri soggetti di diritto privato, significa intendere la materia concorsuale come una monade, nella quale dette società vivono una esistenza loro propria, avulse da ciò che per le stesse è previsto in tutti gli altri settori dell'ordinamento”*); ID, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., p. 340.

⁵⁷ Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fall.*, 2013, p. 1273 ss. Il primo provvedimento noto in materia è quello reso da Cass., 10 gennaio 1979, n. 58, in *Soc.*, 1979, p. 593, che sostiene l'applicazione del regime privatistico e quindi delle procedure concorsuali ad una s.p.a. a partecipazione pubblica concessionaria di un pubblico servizio (*“una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato- e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (art. 187 legge fallimentare)- per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici (...)”*).

⁵⁸ Cass., 15 maggio 2013, n. 22209, cit.

svolgono attività di diritto privato ed erogano servizi con la veste giuridica propria dell'imprenditore commerciale⁵⁹.

Non pare, infatti, che si possa negare alla società a partecipazione pubblica la veste di imprenditore commerciale, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della disciplina, pur se essa provveda all'erogazione del servizio pubblico⁶⁰.

E', infatti, necessario distinguere tra l'impresa (cioè il servizio pubblico che deve essere erogato e che afferisce la pubblica amministrazione titolare dello stesso) e l'imprenditore (cioè il soggetto appositamente creato per gestire l'impresa a cui partecipa l'amministrazione stessa)⁶¹.

Se, come noto, il nostro ordinamento riconosce e disciplina la figura dell'imprenditore e non quella dell'impresa- nell'applicazione del relativo statuto- rileverà la natura del soggetto e non quella dell'attività svolta ovvero il suo carattere necessario o meno⁶².

Pertanto, una volta chiarito che la società a partecipazione pubblica non è il titolare del servizio pubblico, ma una modalità di gestione dello stesso, non vi sarebbe alcuna ragione per esonerarla da fallimento, non determinando la soggezione a tale procedura alcuna interruzione nell'erogazione del servizio né alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria nello svolgimento dell'attività dell'ente pubblico, che potrà, invece,

⁵⁹ In tal senso, App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, e App.Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, cit.; secondo App.Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 690, il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette 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 all'ordinaria disciplina codicistica, sicché, mancando in ambito concorsuale una disciplina che prevede l'esenzione da fallimento delle società in mano pubblica, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato; Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, in www.ilcaso.it, sottolineando come non vi sia ragione per estendere l'esenzione da fallimento a società di capitali a capitale interamente pubblico, non trovandosi norme nell'ordinamento idonee ad affermare tale esclusione. Sulla stessa linea parrebbe anche il più recente provvedimento del Trib.Rimini, 13 maggio 2013, cit., ove si sottolinea come il fatto che la società in mano pubblica sia sottoposta a controllo pubblico quasi totalitario "non muta la sua natura di soggetto di diritto privato dedito all'esercizio effettivo di un'attività di impresa". Di diverso avviso la recente pronuncia di Trib.Verona, 19 dicembre 2013, su www.ilcaso.it, che, ritenendo la struttura delle società *in house* totalmente riconducibile a quella degli enti pubblici, estende loro l'esenzione prevista dall'art.1 della legge fallimentare.

⁶⁰ Sul punto, tra tutti, F. FIMMANO', da ultimo in *Il fallimento delle "società pubbliche"*, cit., p. 22 ss.

⁶¹ S.SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 443 s.

⁶² Così, Cass., 15 maggio 2013, n. 22209, cit.

provvedere alla gestione del servizio in altra forma o alla riassegnazione di esso ad altro soggetto ⁶³.

Diversamente ragionando, si arriverebbe al risultato paradossale di escludere da fallimento e dalle regole dettate per l'imprenditore commerciale anche tutte le società a capitale totalmente privato, che siano concessionarie di un servizio pubblico o affidatarie di un'attività di interesse pubblico⁶⁴.

Non pare che diverse considerazioni possano valere nel caso in cui la società abbia ad oggetto l'erogazione di servizi pubblici essenziali, né parrebbero condivisibili quelle tesi - di cui si è già fatto cenno - che subordinano l'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale al carattere necessario o meno della società per il perseguimento degli interessi pubblici dell'ente ⁶⁵.

Di "necessità", infatti, si può discorrere quando la società abbia natura legale, non anche qualora l'affidamento del servizio dipenda da una delle possibili scelte esercitabili dall'ente⁶⁶.

Di conseguenza, l'eventuale fallimento della società in mano pubblica che svolge un servizio pubblico essenziale, anche quando ne sia affidataria esclusiva, non interferirebbe sull'indisponibilità degli interessi pubblici che quel servizio è volto a soddisfare, ma imporrebbe, da un lato, all'ente pubblico che di tali interessi è titolare di trovare una soluzione alternativa ai fini della loro soddisfazione e, dall'altro, agli organi del fallimento di procedere alla liquidazione delle attività fallimentari nel

⁶³ Si veda, Cass., 15 maggio 2013, n. 22209, cit. In questo senso, una recente pronuncia della giurisprudenza penale, che, appunto, precisa come il fallimento delle società pubbliche cui sia affidata l'erogazione di servizi pubblici non presenterebbe alcuna interferenza con la titolarità del servizio, perché anche quando la società partecipata gestisce un servizio pubblico non è mai titolare di quel servizio ma semplice affidataria ad opera dell'ente pubblico socio affidante e, pertanto, l'applicazione dello statuto dell'imprenditore, ivi compresa la dichiarazione di fallimento, non determina alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività della pubblica amministrazione né impedisce l'esecuzione di un servizio necessario alla collettività (Cass.pen., 10 gennaio 2011, n. 234, cit.).

⁶⁴ Così, S.SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in F.FIMMANO', *Le società pubbliche*, cit., p. 307 s.

⁶⁵ Così anche Cass., 15 maggio 2013, n. 22209, cit.; in dottrina, F.FIMMANO', *Commento*, cit., p. 986 s.

⁶⁶ In tal senso, App. Napoli, 27 maggio 2013, cit., e App. Napoli, 24 aprile 2013, cit. (che precisa come "Essenziale o necessario può essere qualificato un servizio pubblico e/o l'ente - salvo casi eccezionali, pubblico - che ne è titolare, non già l'ente, pubblico o privato, cui ne è affidato il solo esercizio").

rispetto dei limiti generalmente stabiliti dalla legge al fine di assicurare la continuità del servizio pubblico già affidato alla società fallita⁶⁷.

Tale soluzione parrebbe confermata anche sul piano sistematico. Basti, infatti, considerare che la normativa sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui al d.lgs., n. 270/1999, prevede all'art. 27, comma 2 *b-bis*), che le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali possono conseguire il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali *"anche tramite cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio di impresa di durata non superiore ad un anno"*⁶⁸.

Il che significa che il legislatore, non solo non ha ritenuto che le predette società potessero essere escluse dalle disposizioni sul fallimento, ma ha anzi previsto la loro diretta applicazione alla luce di quanto previsto dall'art. 2, del d.lgs., n.270/1999⁶⁹.

Risulterebbe, pertanto, privo di coerenza un ordinamento che prevedesse l'esonero dalla procedura concorsuale ordinaria per quei gestori di servizi pubblici essenziali che non raggiungono le soglie dimensionali necessarie per accedere a quella di amministrazione straordinaria⁷⁰.

Un tale esito, del resto, creerebbe anche una notevole asimmetria del sistema, considerato che il legislatore ha sempre previsto una forma di procedura concorsuale per la gestione dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale, introducendo, invece, una procedura *ad hoc* (quale la liquidazione coatta amministrativa) quando ha ritenuto vi fossero interessi di particolare rilievo pubblicistico da salvaguardare⁷¹.

9. Le alternative al fallimento della società in mano pubblica e possibili conseguenze.

Se, in base alle riflessioni sinora svolte, la soggezione della società in mano pubblica alle procedure concorsuali può essere considerata soluzione maggiormente conforme ai principi della concorrenza, nonché,

⁶⁷ Così, App. Napoli, 24 aprile 2013, cit.

⁶⁸ Allo stesso modo, l'art. 2 del d.l., 23 dicembre 2003, n. 347 (convertito in legge 18 febbraio 2004, n. 39) ha previsto espressamente *"per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, l'ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria, la nomina del commissario straordinario (...)"*.

⁶⁹ Per tale rilievo, App. Napoli, 27 maggio 2013, cit.

⁷⁰ In questi termini, Cass., 15 maggio 2013, n. 22209, cit.

⁷¹ S.SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 444 s.

più in generale, al *trend* dell'ordinamento volto a ricondurre tale fattispecie nell'alveo del diritto comune, altre possono essere le considerazioni da tenere presente a sostegno di tale conclusione.

Quelle tesi, che, per vie diverse, giungono ad escludere la società in mano pubblica insolvente dalle procedure concorsuali non chiariscono, infatti, quali siano le conseguenze di tale scelta, non affrontando il problema degli effetti che potrebbero derivare a tutti i soggetti potenzialmente interessati dalla vicenda (soci e non soci), nonché allo stesso sistema economico, dal mantenimento sul mercato di un'impresa in stato di dissesto.

Pare, dubbio, innanzitutto sotto il profilo delle libertà costituzionali, che l'interesse pubblico alla continuità del servizio erogato possa implicare la continuazione coatta ed incondizionata dell'attività sociale, essendo scelta rimessa alla libera iniziativa dell'imprenditore *ex art. 41 Cost.* anche quella di proseguire o meno l'esercizio dell'impresa e a quali condizioni ⁷².

Come già si è avuto modo di sottolineare, una simile ipotesi sarebbe fonte di una grave alterazione della concorrenza, nonché, generatrice di disparità di trattamento tra soci pubblici- che potrebbero far comunque prevalere gli interessi di cui sono portatori a prescindere dallo stato di redditività o di dissesto dell'impresa- e soci privati, che, data la loro posizione (di minoranza), sarebbero costretti a restare in società anche se il loro investimento non sia più remunerativo, non essendo in grado di influire sulla decisione di scioglimento anticipato della stessa, né in condizione di dismettere tanto facilmente la propria partecipazione (proprio perché la presenza di poteri speciali così ampi in capo all'ente pubblico socio disincentiverebbe l'ingresso di eventuali acquirenti) ⁷³.

⁷² In tal senso, G.OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, p. 16 ss., appunto precisando che "contestare la libertà di cessare (...) significa non già limitare l'iniziativa, ma sopprimerla nel suo significato primo" e che "una continuazione coatta (...) può conciliarsi con la libertà di cui discorriamo solo a patto di non imputare l'esercizio ed il rischio relativo all'imprenditore". Così anche G.GUIZZI, *Il commissariamento di società per azioni ai sensi del d.l. 61/2013 tra funzionalizzazione dell'impresa e problemi di tutela costituzionale della partecipazione azionaria. Prime note a margine del (la seconda puntata del) caso ILVA*, in *Corr,giur.*, 2013, p. 1193 ("La continuità aziendale, del resto, non è un valore in sé e per sé considerato: (...) essa è sì comportamento doveroso, ma solo a valle di una scelta- che compete soltanto ai titolari o contitolari- in favore dell'esercizio dell'attività medesima"); nello stesso senso, A.MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *AA.VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 813 ss., spec. p. 834.

⁷³ Vicenda analoga, in quanto parrebbe imporre una continuazione coattiva dell'impresa anche nel caso in cui i suoi soci non ne ravvisassero la convenienza, pare desumibile dal decreto cd. Ilva, ovvero il decreto legge 4 giugno 2013, n. 61 (Nuove disposizioni urgenti

Ammettere la prosecuzione della società insolvente in nome dell'interesse alla continuità del servizio pubblico da essa erogato, inoltre, non solo non sarebbe conforme allo scopo lucrativo della società (che lo si intenda in termini di lucratività "attenuata" o di creazione di valore per gli azionisti), ma, addirittura, si porrebbe in contrasto con quei criteri di economicità che sono presupposto minimo per l'esercizio di qualsiasi attività imprenditoriale *ex art. 2082 c.c. anche non commerciale*⁷⁴.

A maggior ragione, tali conclusioni paiono sostenibili alla luce dell'art. 97 Cost. (secondo cui "*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*"), previsione dalla quale si ritiene possibile ricavare una sorta di "super-principio di economicità dell'azione amministrativa", in virtù del quale ciascuna amministrazione, nelle sue singole scelte, dovrebbe orientarsi verso un'attenta valutazione delle relative conseguenze economiche e quindi verso un uso oculato delle risorse a sua disposizione⁷⁵.

Nella stessa prospettiva, diversi provvedimenti volti a porre delle limitazioni alla possibilità degli enti locali di detenere partecipazioni in società private (tra cui, particolare, il d.l. n. 78/2010⁷⁶) prevedono, inoltre, delle deroghe in presenza di circostanze che dimostrino la virtuosità economica delle stesse (*sub specie* di lucratività, ovvero di "produzione"

a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale), il cui art. 1, comma 3, prevede che "*Per la durata del commissariamento sono attribuiti al commissario tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata del commissariamento*". La previsione di un commissariamento della s.p.a. si traduce, pertanto, in un intervento diretto dello Stato nella gestione dell'impresa, che ne altera il suo ordinario assetto organizzativo giungendo a "sterilizzare" i poteri tipicamente spettanti ai suoi azionisti (così, in particolare, G. GUIZZI, *op.cit.*, p. 1189 ss.).

⁷⁴ Sul rapporto tra attività economica e lucratività, specie nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.*, 2008, I, p. 58 ss.

⁷⁵ In tal senso, F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, cit., p. 67 ss.

⁷⁶ In particolare, l'art. 14, comma 32, del decreto esclude dall'obbligo di dismissione le società a partecipazione comunale cd. "virtuose" (ossia che abbiano il bilancio in utile alla data del 31 dicembre 2012 tre esercizi, ecc.). Molto significativamente sottolinea la Corte Conti, sez.contr.Abruzzo, parere 23 ottobre 2012, n. 354, come il d.l. 78/2010, abbia inteso sancire "*l'abbandono della logica del salvataggio a tutti i costi di società pubbliche partecipate alla pubblica amministrazione che versano in situazioni di irrimediabile dissesto, ovvero l'ammissibilità d'interventi tampone con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto*".

anzi che di “distruzione” di risorse pubbliche da parte delle società a partecipazione pubblica locale)⁷⁷.

Se poi si considera che la recente legislazione amministrativa esclude, salvo casi eccezionali, che l’ente pubblico possa provvedere al finanziamento delle società partecipate non quotate che si trovino in condizioni di difficoltà, ai sensi dell’art. 6, comma 19, legge n. 122/2010, è ancora più evidente il pregiudizio che ne potrebbe derivare ai creditori delle stesse, nonché, la disparità di trattamento tra questi e i creditori di società a partecipazione privata⁷⁸.

Poste queste premesse, è necessario chiedersi attraverso quali strumenti poter garantire il rispetto di tali presupposti, evitando che le società in questione operino sul mercato in condizioni di inefficienza⁷⁹.

A tal riguardo, la liquidazione coatta amministrativa cui sono sottoposti gli stessi enti pubblici economici consentirebbe di certo l’eliminazione dal mercato dell’impresa (non necessariamente insolvente) colpita dal relativo provvedimento⁸⁰.

Tra le imprese che la legge sottopone a tale procedura *ex art. 2, l. fall.*, non paiono però potersi ricomprendere le società in mano pubblica e ciò neppure a seguito del recente decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, che, pur facendo salva “*la disciplina speciale vigente per determinate categorie di enti pubblici*”, sottopone a liquidazione coatta amministrativa gli “*enti sottoposti alla vigilanza dello Stato*”, quando la loro situazione economica, finanziaria e patrimoniale “*raggiunga un livello di criticità tale da non potere assicurare la sostenibilità e l’assolvimento delle funzioni indispensabili, ovvero l’ente stesso non possa fare fronte ai debiti liquidi ed esigibili nei confronti dei terzi (...)*” (art. 15, comma 1).

L’ambito applicativo di tale previsione sembrerebbe, infatti, rivolgersi ad enti che, pur rivestendo una forma giuridica privata (come, ad esempio, le associazioni e le fondazioni aventi compiti di amministrazione pubblica), non svolgono attività imprenditoriale⁸¹.

⁷⁷ F.GOISIS, *ult.op.cit.*, p. 69 (ove sottolinea che “*la causa tipica societaria diviene strumento di realizzazione dell’art. 97, co. 1, Cost., e così riceve, proprio nel campo delle società in mano pubblica, speciale rilevanza*”) e p. 72.

⁷⁸ Così anche, L.E.FIORANI, *op.cit.*, p. 562 s.

⁷⁹ Più in generale, il tema della conservazione dell’impresa in crisi è stato di recente approfondito da N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, Milano, 2012, *passim*.

⁸⁰ Per tutti, U. APICE- S.MANCINELLI, *op.cit.*, p. 550 s.

⁸¹ Sull’impiego da parte della pubblica amministrazione di modelli organizzativi privatistici, quali associazioni o fondazioni spesso derivanti dalla trasformazione *ex lege* di enti pubblici non economici, si vedano F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., p. 28 ss. del

Come, infatti, precisa la relativa relazione illustrativa, la disposizione in esame riguarderebbe le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs., n. 165/2001, ovvero, una serie di enti pubblici non economici ⁸².

Nello stesso senso, si pone una successiva circolare ministeriale, chiarendo che la norma andrebbe riferita *“a tutti gli enti ed organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato, ad esclusione delle società, che rientrano nella sfera di vigilanza dell'Amministrazione statale”*⁸³.

Esclusa anche questa possibilità, si dovrebbe allora ritenere che l'unica alternativa al fallimento dell'impresa pubblica insolvente sia il ricorso alle ordinarie procedure esecutive da parte dei suoi creditori, posto che, come accennato, le altre procedure concorsuali presuppongono pur sempre la fallibilità dell'imprenditore ⁸⁴.

Non pare, però, che tale alternativa possa essere considerata indifferente per gli interessati e ciò, innanzitutto, per la stessa impresa debitrice: l'iniziativa individuale e disordinata dei singoli creditori sul suo patrimonio potrebbe avere, infatti, effetti distruttivi per la stessa, impedendole la prosecuzione dell'attività economica e la conservazione dei valori aziendali ⁸⁵.

dattiloscritto; F. SCIARRETTA, *Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica*, in *Giur.comm.*, 2013, I, p. 951 ss. Inoltre, l'utilizzo del termine “vigilanza” pare alludere ad una situazione di natura pubblicistica, differente da quel controllo societario, che, come più volte sottolineato da parte della giurisprudenza, sarebbe l'unico potere legittimamente esercitabile dall'ente pubblico *uti socius*.

⁸² Relazione illustrativa del disegno di legge n. 2814, approvato dalla Camera in via definitiva il 15 luglio 2014, *sub art. 15*. Dispone l'art. 1, comma 2, del d.lgs., n. 165/2001, che *“Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale”*. Da tale elenco l'art. 15, comma 1, del d.l. n. 98/2011 esclude però gli enti territoriali e gli enti del servizio sanitario nazionale.

⁸³ Ministero dell'Economia e delle Finanze, Circolare del 28 dicembre 2011, n. 33.

⁸⁴ Al di là delle procedure di concordato, la stessa amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui alla legge, n. 270/1999 nelle sue successive varianti, appunto, prevede che possano essere ammesse a tale procedura *“le imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento”* (art. 2, comma 1).

⁸⁵ Sottolinea come le procedure concorsuali impediscano le azioni cautelari ed esecutive dei singoli creditori, che altrimenti produrrebbero effetti distruttivi per l'impresa in *default*, tra gli altri, F. FIMMANO', *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la*

Secondo la concezione attualmente prevalente nel nostro ordinamento, la soggezione alla procedura fallimentare, può essere, infatti, vista anche in termini di opportunità, se non addirittura, di vantaggio, per colui che vi è sottoposto (ad esempio, per la possibilità di accedere a particolari accordi o a procedure di concordato, attraverso cui poter convenire riduzioni o dilazioni dei debiti, nonché liberarsi in modo definitivo dagli stessi)⁸⁶.

Inoltre, anche quando l'esenzione dalle procedure concorsuali può essere vista come privilegio per il singolo debitore, non sempre così è per la categoria cui lo stesso appartiene, divenendo più difficile per coloro che ne fanno parte, se non a fronte di un correlativo innalzamento dei tassi di interesse, ottenere investimenti e finanziamenti sul mercato, dati i maggiori rischi che ciò potrebbe comportare⁸⁷.

Superfluo rammentare come, in caso di insolvenza dell'impresa, la presenza di una procedura collettiva che coordini le azioni dei singoli vada a vantaggio degli stessi creditori intesi come gruppo, evitando che coloro che hanno maggiori capacità di monitoraggio e di autotutela possano abusarne a danno di quelli che, invece, ne sono privi⁸⁸.

trasformazione dei creditori in soci, in *Riv.soc.*, 2010, p. 57 ss., anche per riferimenti alla letteratura straniera.

⁸⁶ Si vedano ad esempio, in ambito comunitario, la recente risoluzione del Parlamento europeo, *Procedure di insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE*, del 15 novembre 2011, che, tra i considerando precisa che "il diritto fallimentare dovrebbe essere uno strumento per il salvataggio delle società al livello dell'Unione e che tale salvataggio, quando possibile, è vantaggioso per il debitore, i creditori e i dipendenti" (lett.J) e che "il diritto fallimentare dovrebbe anche stabilire norme per la liquidazione di una società nel modo meno dannoso e più vantaggioso possibile per tutti i partecipanti, qualora si sia constatato che il tentativo di salvataggio dell'impresa è destinato a fallire o è già fallito"; la Comunicazione della Commissione C.E., *Superare la stigmatizzazione del fallimento aziendale- per una politica della seconda possibilità*, Bruxelles, 5 ottobre 2007. E sul venir meno del carattere sanzionatorio delle procedure concorsuali nel nostro ordinamento, specie a seguito della riforma fallimentare, N. RONDINONE, *op.cit.*, p. 1 e p. 194; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p.157 s.; ma, in senso critico rispetto all'idea che il fallimento possa essere considerato, invece che una "sanzione", un "privilegio", A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., p. 38.

⁸⁷ Si veda anche L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 159 s., precisando che, se la facilità di accesso al credito e la misura del tasso di interesse sui finanziamenti ottenuti sono infatti una funzione della probabilità di recuperare il finanziamento concesso, è evidente che il creditore che sa di non poter contare su un efficiente sistema di recupero del credito, chiederà al finanziato un maggior "premio di rischio".

⁸⁸ F. FIMMANO', *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., p. 60 ss. Tale questione è stata recentemente affrontata con riguardo alla figura del cd. "insolvente civile" e alla possibile disparità di trattamento tra i creditori

In un'ottica più generale, la liquidazione concorsuale sarebbe, inoltre, idonea ad evitare il propagarsi dell'insolvenza e consentirebbe una riallocazione delle risorse economiche non utilizzate, costituendo quindi uno strumento di tutela dell'interesse economico generale⁸⁹.

Per finire, a livello di sistema, l'attivazione della procedura collettiva determinerebbe, oltre che l'applicazione dei reati fallimentari di cui agli artt. 223 ss., l. fall., anche una riduzione di quei costi che, invece, si dovrebbero sostenere ricorrendo a procedure esecutive individuali⁹⁰.

10. Sull'esercizio provvisorio dell'impresa ex art. 104, l.fall.

Se, come già accennato, uno degli argomenti contrari al fallimento della società in mano pubblica deriva dall'esigenza di salvaguardare la continuità del servizio pubblico affidato alle sue cure, ci si potrebbe domandare se un utile strumento a tal fine possa essere rappresentato dall'esercizio provvisorio dell'impresa di cui all'art. 104, l.fall., istituito, come noto, finalizzato alla preservazione dell'integrità del valore dell'impresa in vista di una sua futura vendita e, perciò, di carattere necessariamente provvisorio⁹¹.

Ai sensi di tale disposizione, il Tribunale con sentenza dichiarativa di fallimento, può, infatti, disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche per specifici rami d'azienda, se dall'interruzione possa derivarne un "danno grave" e purchè la continuazione dell'attività "non arrechi pregiudizio ai creditori" (comma 1). La cessazione dell'esercizio provvisorio può essere, inoltre, decisa in ogni momento, se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di proseguirla (comma 4).

di quest'ultimo e i creditori del soggetto sottoposto alle procedure concorsuali (su cui N. RONDINONE, *op.cit.*, spec. p. 165 ss.). Sottolinea che i creditori sono interessati a trarre la massima utilità possibile dal patrimonio del comune debitore e che tale interesse si può tradurre nella continuazione o nella cessazione dell'impresa, a seconda che essa valga di più come complesso di beni in attività o come complesso di beni disaggregati, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 52 ss. e p. 97 ss.

⁸⁹ E. SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in F.FIMMANO', *Le società pubbliche*, cit., p. 373.

⁹⁰ L. STANGHELLINI, *op.cit.*, p.163, il quale pone in evidenza come l'esenzione da fallimento abbia anche l'effetto negativo di dirottare debitori e creditori esclusi dalle procedure concorsuali sulle procedure esecutive ordinarie, così intasando altre aule di tribunale, senza potersi giovare delle riduzioni dei costi tipiche delle procedure di insolvenza.

⁹¹ Tra gli altri, AA.VV., *Diritto delle imprese, Manuale breve*, Milano, 2012, p. 308 s.

Partendo dall'idea che tale disciplina sia diretta a tutelare in modo esclusivo il ceto creditorio, parte della tradizionale dottrina ha, però, ritenuto che essa non possa essere utilmente applicata alla società in mano pubblica, proprio perché l'interesse alla continuità del servizio pubblico verrebbe sacrificato ogniqualvolta il suo perseguimento fosse in grado di pregiudicare l'interesse dei creditori sociali a conseguire la massimizzazione della loro percentuale di riparto ⁹².

In realtà, l'idea di una necessaria correlazione tra tale istituto e l'interesse dei creditori parrebbe opinabile, essendo quest'ultimo semmai solo un limite alla legittima prosecuzione dell'impresa e non un fine ⁹³.

La stessa genericità della formulazione vigente (incentrata sul "danno grave") pare, del resto, precludere tale lettura restrittiva ⁹⁴. Come sottolineato recentemente dalla Suprema Corte, infatti, l'esercizio provvisorio dell'impresa di cui all'art. 104, l.fall., potrebbe essere consentito tutte le volte in cui dall'interruzione del servizio pubblico possa derivare un danno grave alla generalità dei terzi, fra i quali possono rientrare anche tutti coloro che fruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita ⁹⁵.

Né può ritenersi che l'autorizzazione alla continuazione temporanea dell'impresa possa comportare una sostituzione dell'autorità

⁹² Si veda in tal senso, G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., p. 348; *contra*, S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 448, che considera come l'interpretazione della disposizione debba, però, necessariamente tener conto della peculiarità della fattispecie, dovendosi escludere che il curatore possa procedere ad operazioni quali l'affitto o la cessione d'azienda, posto che la gestione del servizio deve tornare all'ente pubblico titolare. In senso contrario, Trib.Napoli, 31 ottobre 2012, cit.

⁹³ In questo senso, si veda da ultimo, A.ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano, 2013, p. 60 e p. 71 ss.

⁹⁴ Per tale lettura della norma, in particolare, E. SABATELLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi cd. "sociali"*, p. 127 ss., spec. 131 ss., la quale sottolinea a p. 134, nota 18, come la stessa Relazione di accompagnamento alla norma (pur riferendosi erroneamente al comma 2) precisi che l'aspetto più significativo dell'innovazione normativa è dato dalla circostanza per cui l'istituto "risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un migliore risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di un'utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte". Si vedano anche M. SANDULLI, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A.Nigro- M.Sandulli, II, Torino, 2006, sub art. 104 l.fall., p. 607; G.RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p. 143.

⁹⁵ Così, in particolare, Cass., 15 maggio 2013, n. 22209, cit. Ritiene ammissibile l'esercizio provvisorio della società cd. *in house*, Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, cit., sottolineando come lo stesso debba avvenire secondo le medesime logiche aziendaliistiche che avrebbero dovuto guidare gli organi di gestione della stessa.

giudiziaria a quella amministrativa che aveva precedentemente scelto il soggetto cui affidare la gestione e che continuerebbe ad intrattenere con questo i medesimi rapporti che intratteneva prima della dichiarazione di fallimento⁹⁶.

L'esercizio provvisorio sarebbe, pertanto, limitato al solo periodo necessario a consentire all'ente pubblico di affidare il servizio in gestione ad altra società.

In tale contesto, potrebbe persino ipotizzarsi che l'ente pubblico locale possa provvedere al finanziamento della società partecipata, se necessario ad elidere eventuali effetti pregiudizievoli derivanti ai creditori dall'esercizio provvisorio: è, infatti, lo stesso art. 6, comma 19, legge n.122/2010, già citato, a prevedere che "*al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità*" possano essere eccezionalmente autorizzati aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito e rilascio di garanzie nei confronti di tali società⁹⁷.

Se quindi, in base a tali considerazioni, non paiono potersi rinvenire particolari difficoltà ad ammettere l'esercizio provvisorio *ex art. 104, l.fall.*, della società in mano pubblica fallita, dubbi potrebbero, invece, sorgere dalla lettura di quelle disposizioni in materia di contratti pubblici, che, al fine di preservare il requisito dell'*intuitus personae* tra la pubblica amministrazione appaltante e l'appaltatore, escludono che il fallimento di quest'ultimo possa consentire di proseguire il rapporto contrattuale con esso⁹⁸.

⁹⁶ Cass., 15 maggio 2013, n. 22209, cit.

⁹⁷ Così, L.E. FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, cit., p. 562 s.

⁹⁸ Per quanto riguarda il tema del fallimento dell'appaltatore nell'ambito dei contratti pubblici, si veda, in particolare, Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale del 22 gennaio 2008 (chiamato ad esprimersi sul "*Quesito proposto dal Senato della Repubblica in ordine alla sorte del contratto di appalto dei servizi pubblici stipulato con a.t.i. a seguito di fallimento della capogruppo*"), in www.giustizia-amministrativa.it, che desume, alla luce del quadro normativo risultante, in particolare, dagli artt. 37, comma 19, 38, comma 1, lett.a), 140, del codice appalti, il principio generale per cui, nei pubblici appalti, a seguito di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale può proseguire tra stazione appaltante pubblica e fallito. La specialità del d.lgs., n. 163/2006 (cd. "codice appalti") rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 81, l.fall., rende, pertanto, quest'ultima previsione non applicabile nella parte in cui prevede che l'appaltante abbia la facoltà di acconsentire la prosecuzione del rapporto con il fallito, rendendo, invece, possibile a questa decidere di sciogliere il contratto e di scegliere un altro contraente: in tal senso, anche Cass., 13 settembre 2007, n. 19165, in *Giust.civ.Mass.*, 2007.

In tal senso, si pone, in particolare, l'art. 38, comma 1, lett. a), del codice cd. appalti, che prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori, forniture e servizi ai soggetti "che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"⁹⁹.

In tal modo, si vorrebbe esonerare il pubblico contraente dal rischio che il dissesto o la difficoltà economica dell'operatore pregiudichi la corretta e completa esecuzione del contratto, tutelando il preminente interesse pubblico al buon andamento, all'efficacia ed all'economicità dell'azione amministrativa¹⁰⁰.

Il dubbio esposto parrebbe, tuttavia, superabile se si considera, da un lato, che le norme del d.lgs., n. 163/2006, non sono oggetto di applicazione diretta alla fattispecie in esame (prevedendo l'art. 30, comma 1, che le disposizioni del codice cd. appalti non sono applicabili alle concessioni di servizi) e, dall'altro, che, secondo la stessa giurisprudenza amministrativa, le cause di esclusione ex art. 38 avrebbero un carattere tassativo e non sarebbero quindi suscettibili di interpretazione estensiva rispetto a situazioni non espressamente previste dalla norma¹⁰¹.

⁹⁹ Una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto, le condizioni soggettive indicate dall'art. 38 devono permanere per tutta la sua durata, essendo il venire meno di tali requisiti causa di risoluzione del contratto stesso (così, T.A.R. Lazio, 3 dicembre 2009, n. 1241, in *Foro Amm.*- T.A.R. (II) 2009, 12, 3506 1; Cons.Stato, 12 marzo 2009, n. 1458, in *Foro Amm.* - C.d.S. (II) 2009, 3, 658).

¹⁰⁰ Si veda A.V.C.P., *Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art.38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*, Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, par. 3, in www.avcp.it.

¹⁰¹ Precisa però, tra gli altri, Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Urb. e appalti*, 2013, p. 915 ss., che, stante l'art. 30, comma 3, del codice dei contratti pubblici (secondo cui l'affidamento delle concessioni di servizi non può essere sottratto ai principi espressi dal Trattato in tema di concorrenza), in sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, saranno applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) del d.lgs. n. 163/2006, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, comma 3, del medesimo decreto legislativo. Sottolineano come la previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett.a), sia di stretta interpretazione e non possa quindi applicarsi estensivamente, ad esempio, Cons. Stato, 14 gennaio 2014, sez. III, in www.ilcaso.it; T.A.R. Aosta (Valle d'Aosta) sez. I, 18 aprile 2013, in *Foro Amm.* - T.A.R. (II) 2013, 4, 1097; T.A.R. Trieste (Friuli-Venezia Giulia), sez. I, 24 novembre 2011, in *Foro Amm.*, T.A.R. (II) 2011, 11, 3452.

Si consideri come, del resto, l'ipotesi di cui all'art. 104, l.fall., vuoi per la sua durata temporanea vuoi per la sua finalità conservativa e non meramente liquidatoria, sarebbe più agevolmente accostabile a figure quali il concordato con continuità aziendale o l'amministrazione straordinaria, procedure entrambe escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. a), in quanto volte ad assicurare la conservazione dell'impresa ¹⁰².

Infine, il fatto che la gestione dell'impresa fallita spetti al curatore sotto la vigilanza degli altri organi della procedura parrebbe attenuare quel rischio di minore affidabilità morale e correttezza dell'operatore, che, come si è visto, ispirerebbe le norme sui pubblici appalti sopra richiamate¹⁰³.

11. Conclusioni.

Diversi sono i rilievi che possono essere svolti a conclusione della presente trattazione.

Su un piano più generale, le osservazioni svolte evidenziano l'utilità di una chiara presa di posizione in materia da parte del legislatore, volta, per esempio, ad introdurre una procedura di insolvenza speciale per quelle società che soggettivamente (perché a capitale pubblico) o oggettivamente (perché di interesse strategico o di rilevanza nazionale) non possono essere assoggettate al regime generale ¹⁰⁴.

E ciò magari tenendo conto dell'esperienza di altri ordinamenti che hanno adottato particolari soluzioni al fine di rendere le procedure

¹⁰² Conferma A.V.C.P., *Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici*, cit., che la partecipazione alla gara è ammessa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett.a), in caso di amministrazione straordinaria proprio perché "l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata in tale procedura, è volta alla conservazione dell'impresa, cui viene consentito di continuare ad operare nel mercato in funzione del risanamento dell'azienda. In tal senso, tra le altre, anche Tar Lazio 9 giugno 2004, n. 5416, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1717; Cons. Stato 6 agosto 2001, n. 4241, in *Foro amm.*, 2001, 2026; Tar Calabria 8 aprile 1998, n. 410, in *Urb. e app.*, 1998, 641 *contra*, Tar Puglia 20 aprile 1994, n. 897, in *Foro amm.*, 1994, 1931.

¹⁰³ E', però, necessario considerare che, come conferma un'opinione piuttosto diffusa, in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, la titolarità della stessa spetta all'imprenditore fallito, anche laddove l'imputazione dell'attività economica venga riferita alla procedura (tra gli altri, F.FIMMANO', *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur.comm.*, 2007, I, p. 756 ss.).

¹⁰⁴ M. VIETTI, *Le linee guida per una disciplina della crisi delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche*, cit., spec. p. 8.

concorsuali compatibili con le esigenze imposte dalla natura pubblica dei soggetti ¹⁰⁵.

Una volta affermata la possibilità ovvero l'opportunità di sottoporre le società in mano pubblica a fallimento, pare necessario dedicare alcuni cenni alle altre procedure esperibili e, in particolare, al concordato preventivo.

A quest'ultimo riguardo, la giurisprudenza ha recentemente precisato come, in presenza di un controllo formale, economico e amministrativo da parte dell'ente pubblico, nonché in ragione dello svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi, la società- pur se formalmente privata- non sarebbe assoggettabile a fallimento, né, di conseguenza, alla procedura di concordato preventivo¹⁰⁶. In senso opposto, una recente pronuncia di merito, dopo aver esaminato la struttura dell'ente e quindi concluso per la compatibilità dello stesso con la disciplina dell'imprenditore commerciale, ha, invece, reputato ammissibile la sua sottoposizione ad entrambe le procedure ¹⁰⁷.

In realtà, pare che gli argomenti sinora impiegati per sostenere l'assoggettabilità a fallimento della società in mano pubblica possano valere, a maggior ragione, per ammettere l'esperibilità del concordato preventivo, anche considerato che in tale ipotesi non si produrrebbero quegli stessi effetti che tradizionalmente vengono invocati per escludere il ricorso alla procedura fallimentare (e, in particolare, lo spossessamento del debitore) ¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Il *chapter 9* del Bankruptcy Act prevede, infatti, per le municipalità (definite nella sezione 109 come "*political subdivision or public agency or instrumentality of the state*", all'interno di cui sono comprese "*cities, towns, villages, counties, taxing districts, municipal utilities, school districts*" e altre autorità create dallo Stato) un'apposita procedura, volta ad ammettere solo forme di rinegoziazione del debito o operazioni di finanza straordinaria, non anche la liquidazione dei beni e la riorganizzazione della gestione della attività (come avviene alla stregua del *chapter 11*). Ai sensi di tale normativa, gli enti pubblici non sono completamente esclusi da fallimento, prevedendosi, però, che l'accesso alla procedura avvenga solo su iniziativa dell'autorità, in capo alla quale dovrà rimanere la conservazione dei propri beni, la riscossione delle entrate e il pagamento delle spese.

¹⁰⁶ Trib.Napoli, 31 ottobre 2012, cit.

¹⁰⁷ Trib.Rimini, 13 maggio 2013, cit.; nello stesso senso, anche Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in www.ilcaso.it, che ne ha ammesso l'esperibilità anche rispetto ad una società cd. *in house*.

¹⁰⁸ Stabilisce, infatti, l'art. 167, comma 1, l.fall., "*Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa (...)*"

Si può osservare come, al contrario, la tutela dell'interesse pubblico alla continuità del servizio possa essere, invece, addirittura rafforzata nell'ambito della procedura di concordato, sicché risulterebbe singolare che proprio le società in mano pubblica, ove tale esigenza risulta particolarmente sentita, siano private di un'opzione invece prevista per tutte le altre imprese commerciali¹⁰⁹.

Come si è visto, il *favor* espresso dal legislatore nei confronti del concordato preventivo con continuità aziendale emerge dall'art. 186-*bis*, l.fall., il quale esclude, da un lato, che tale procedura impedisca la partecipazione alla gara pubblica, anche in raggruppamento temporaneo con altre imprese, e, dall'altro lato, che si faccia applicazione di quelle previsioni di legge e contrattuali che, per effetto dell'apertura della procedura, prevedono la risoluzione dei contratti sia privati che pubblici in corso d'esecuzione (purchè, in entrambi i casi, il professionista designato dal debitore attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento)¹¹⁰.

Né parrebbero esservi ragioni di incompatibilità rispetto al concordato preventivo meramente liquidatorio, ove, pur non essendo garantita la continuità di impresa, la sua proposizione spetterebbe in via esclusiva al debitore e quindi alla società, in modo non dissimile da quanto avviene nel caso di scioglimento anticipato per deliberazione dell'assemblea di cui all'art. 2484, comma 1, n. 6, c.c.¹¹¹.

Non si vedrebbero, inoltre, particolari controindicazioni ad ammettere il ricorso da parte delle società in mano pubblica agli accordi di ristrutturazione dei debiti, anche qualora essa fosse non considerata non

¹⁰⁹ Così, G.D'ATTORRE, *Il concordato preventivo delle società in mano pubblica*, cit., p. 881, che pure osserva come affermare l'assoggettabilità della società in mano pubblica al concordato preventivo ma l'esenzione da fallimento finirebbe per accentuare un profilo di "privilegio" nei confronti delle stesse, che pare porsi in contrasto con l'evoluzione normativa in materia.

¹¹⁰ Sulle finalità della procedura, volta a contemperare l'interesse alla continuazione dell'azienda con la tutela dei diritti dei creditori, tra tutti, U. APICE- S.MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, p. 500 ss.; in argomento anche G.P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 20 gennaio 2014, spec. p. 10 ss., in www.ilcaso.it.

¹¹¹ In questi termini, G.D'ATTORRE, *Il concordato preventivo delle società in mano pubblica*, cit., p. 881, che reputa ammissibile anche il ricorso al concordato "anticipato" di cui all'art. 161, comma 6, l.fall.

fallibile, posto che l'art. 182-*bis*, l.fall., si limita a richiedere in capo al soggetto che vi fa ricorso la mera qualità di "imprenditore"¹¹².

¹¹² La possibilità di estendere tale istituto agli enti non fallibili è stata considerata, in particolare, con riferimento agli enti pubblici (su cui, in senso affermativo, C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, p. 174 ss.; C.L. APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012, p. 40 ss.). In realtà, un argomento sistematico di una certa rilevanza in tal senso è dato dalla previsione di cui all'art. 23, comma 43, d.l., 6 luglio 2011 (convertito in legge, 15 luglio 2011, n. 111), che ha consentito anche agli imprenditori agricoli il ricorso alla stipulazione di tali accordi.