

Rivista **ODC**

FABRIZIO GUERRERA

**CRISI E INSOLVENZA DELLE SOCIETÀ A
PARTECIPAZIONE PUBBLICA**

1

2017

ISSN 2282 - 667X

Direttore responsabile: *Francesco Denozza*

Direzione scientifica: *Francesco Denozza, Carlo Ibba, Marco Maugeri, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Andrea Perrone, Serenella Rossi, Giuliana Scognamiglio, Ruggero Vigo*

Redazione scientifica: *Alessio Bartolacelli, Elisabetta Codazzi, Chiara Garilli, Corrado Malberti, Alessio Scano, Alessandra Zanardo*

Revisione scientifica: *Niccolò Abriani, Elisabetta Bertacchini, Nicoletta Ciocca, Renzo Costi, Vincenzo Calandra Buonauro, Lucia Calvosa, Monica Cossu, Stefano Cerrato, Concetto Costa, Vincenzo Di Cataldo, Philipp Fabbio, Marilena Filippelli, Paolo Giudici, Gianvito Giannelli, Giuseppe Guizzi, Aldo Laudonio, Elisabetta Loffredo, Mario Libertini, Giorgio Marasà, Marisaria Maugeri, Aurelio Mirone, Paolo Montalenti, Mario Notari, Michele Perrino, Paolo Piscitello, Giuseppe B. Portale, Gaetano Presti, Roberto Sacchi, Luigi Salamone, Davide Sarti, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Antonio Serra, Marco S. Spolidoro, Lorenzo Stanghellini, Mario Stella Richter, Alberto Toffoletto, Umberto Tombari, Francesco Vella, Andrea Vicari, Roberto Weigmann*

Il presente lavoro è stato sottoposto ad un procedimento di revisione tra pari, secondo i criteri indicati nella *Nota per gli autori*

CRISI E INSOLVENZA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA*

FABRIZIO GUERRERA**

Sommario: 1. Premessa: contenuti e obiettivi della disciplina dell'art. 14 TUSP. – 2. I doveri degli amministratori di prevenzione e gestione della crisi. – 3. Omissioni degli amministratori e gravi irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. – 4. Ristrutturazione, ricapitalizzazione e soluzioni negoziali della crisi. – 5. Limiti al risanamento delle società in perdita sistematica. – 6. Fallimento e concordato della società a partecipazione pubblica. – 7. Fallimento, concordato e circolazione dell'azienda. – 8. Il fallimento della società *in house*. – 9. Il fallimento della società mista. – 10. La disciplina delle azioni di responsabilità: il caso della società *in house*. – 11. Le azioni di responsabilità in caso di fallimento della società *in house*. – 12. L'azione di responsabilità da eterodirezione abusiva. – 13. Gli accantonamenti a coperture delle perdite delle società partecipate.

1. Premessa: contenuti e obiettivi della disciplina dell'art. 14 TUSP.

L'art. 18, comma 1, della legge delega n. 124/2015 sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni¹ enunciava tra i principi e i criteri direttivi cui avrebbe dovuto ispirarsi il riordino della normativa sulle partecipazioni societarie sia la “*individuazione della ... disciplina, anche in base al principio della proporzionalità delle deroghe alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa*” (lett. a), sia la “*precisa definizione del regime delle responsabilità delle amministrazioni partecipanti, nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate*” (lett. c).

Il primo obiettivo può dirsi sostanzialmente raggiunto, se pure in modo non del tutto chiaro e lineare; il secondo, invece, sostanzialmente disatteso, almeno per quanto riguarda la controversa figura dell'*in house providing*.

L'art. 14 TUSP mette fine, ormai, ai contrasti giurisprudenziali alimentati anche dal noto arresto di Cass., S.U. n. 26283/2013 in materia di società *in house*², allorché

* Relazione al convegno SISCO di Milano del 19 novembre 2016 su “Il fallimento delle società”.

** Professore ordinario, Università di Messina.

¹ La norma in oggetto è stata – com'è noto – annullata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di C. Cost., 25 novembre 2016, n. 251, con ripercussioni ancora non del tutto chiarite, né risolte sul decreto legislativo n. 175/2016 recante il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica, di cui si auspica il salvataggio grazie a un apposito “decreto correttivo”.

² Della quale alcune sentenze di merito avevano affermato appunto la non fallibilità, in quanto impresa pubblica o mera articolazione dell'ente pubblico: cfr. Trib. Palermo, 8 gennaio 2013 e Trib. Palermo, 18 giugno 2013, in *www.iffallimentarista.it*, 21 novembre 2013; Trib. Verona, 19 dicembre 2013, nonché Trib. Napoli, 20 gennaio 2014, secondo cui “*La società in house non è un soggetto terzo rispetto*”.

dispone che tutte le società a partecipazione pubblica, senza eccezioni di sorta, sono assoggettate alle norme sul fallimento, il concordato preventivo e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza. Ciò è coerente al sistema di pubblicità legale, basato sull'iscrizione nel Registro delle imprese, che comporta un legittimo affidamento dei terzi sull'applicabilità alle società iscritte di un regime conforme alla denominazione ivi dichiarata³. Non sono menzionati gli accordi di ristrutturazione e la transazione fiscale, ma si tratta di un mero difetto di coordinamento, perché il risanamento e la continuità aziendale sono – come si vedrà – la “cifra” essenziale della nuova disciplina.

Si tratta essenzialmente di una disciplina speciale di “diritto societario della crisi”, ma le relative disposizioni possono leggersi, almeno per certi aspetti, più che come deroghe al diritto societario comune, come sviluppo e applicazione specifica di regole generali. D'altronde, l'art. 1, comma 3 TUSP dispone che “*per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”⁴, ribadendo un principio già espresso in altra forma dall'art. 4, comma 13, d.l. n. 95/2012. Essa concerne, appunto, *tutte* le società a partecipazione pubblica, sebbene queste vengano definite particolarmente dall'art. 2 TUSP in relazione all'assetto proprietario, alla situazione di controllo o all'attività svolta e in funzione degli speciali regimi prescritti per le diverse finalità: società a controllo pubblico, società *in house*, società a partecipazione mista pubblico-privata, società partecipate, società quotate, società esercenti servizi di interesse generale o di interesse economico generale.

La disciplina dell'art. 14 TUSP si sviluppa, in sostanza, lungo due direttrici, peraltro interconnesse: (i) la *condotta degli organi sociali* nella prevenzione e gestione delle crisi

all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa, la quale ne dispone come di una propria articolazione interna. Ciò significa che la distinzione tra socio (ente pubblico partecipante) e società (in house) non si realizza in termini di alterità soggettiva, ma in termini di semplice separazione patrimoniale. Se è vero che ex art. 1 l. fall. gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società in house integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni». Ma in senso opposto – e non modificato dopo la nota sentenza delle SS.UU. n. 26283/2013 – v. Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, secondo cui «in tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità»; conf. Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991.

³ Sulla questione v. ora G. RACUGNO, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 1144, che richiama C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *AGE*, 2015, II, 409 e rammenta anche l'arresto di Cass., n. 11417/2013, secondo cui “*obiettivo del legislatore è impedire che gli enti pubblici, operanti a mezzo di società di diritto privato, agiscano secondo una razionalità estranea al mercato*”.

⁴ Per l'applicazione di tale principio all'impugnazione delle delibere assembleari della società *in house* v. ora Cass., S.U., 1° dicembre 2016, n. 24591.

dell'impresa e (ii) gli *interventi di finanziamento, copertura delle perdite e ricapitalizzazione* delle società in crisi da parte degli enti partecipanti.

Le suddette direttrici richiamano direttamente o indirettamente altre norme del Testo unico: art. 6 (organizzazione e gestione delle società a controllo pubblico); art. 13 (controllo giudiziario sull'amministrazione delle società a controllo pubblico); art. 20 (razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche); art. 21 (norme finanziarie sulle società partecipate dalle amministrazioni locali).

L'art. 14 TUSP non considera, invece, la responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo (ed eventualmente quella dell'ente pubblico socio) nel caso di dissesto della società a partecipazione pubblica, specialmente rispetto alle ipotesi di causazione e aggravamento dello stesso per effetto delle loro condotte. Ma si tratta di un tema ineludibile anche dal punto di vista del diritto concorsuale, perché posto al "crocevia" del problema giuridico e pratico della reintegrazione degli interessi (pubblici e privati, interni ed esterni) pregiudicati dall'insolvenza della società, su cui si tornerà analizzando l'art. 12 TUSP che regola la materia soltanto nella prospettiva dei rapporti tra giurisdizione civile e contabile (*infra*, §§ 11-12).

Il contenuto propriamente fallimentaristico dell'art. 14 TUSP è, peraltro, alquanto circoscritto e impone all'interprete alcuni interventi di raccordo con le disposizioni della legge fallimentare che avrebbero dovuto essere forse, per maggior chiarezza, richiamate o coordinate nell'ambito della disciplina del TUSP⁵. Tuttavia, l'intervento del legislatore delegato può ritenersi in complesso sicuramente utile e opportuno, oltre che doveroso sulla base dei principi enunciati dalla legge delega.

2. I doveri degli amministratori di prevenzione e gestione della crisi.

L'art. 14, comma 2, TUSP enfatizza il dovere degli amministratori – già invero operante alla stregua del diritto comune – di monitorare la situazione finanziaria della società (a prescindere dagli squilibri patrimoniali che possono attivare i meccanismi legali di riduzione obbligatoria del capitale per perdite) e di prevenire e gestire in modo efficace e tempestivo le crisi aziendali (cfr. gli artt. 2381, commi 3 e 5, 2392, 2403, 2423-bis, comma 1, c.c., cui si sono aggiunti la riformulazione del contenuto della "relazione sulla gestione" ex art. 2428 c.c., con riguardo alla valutazione e gestione delle varie tipologie di rischi aziendali e, da ultimo, la prescrizione del "rendiconto finanziario" secondo gli artt. 2423, comma 1 e 2425-ter c.c.)⁶. Sebbene,

⁵ Si pensi a quelle sul piano di risanamento "attestato" (art. 67, comma 3, lett. d, legge fall.) o sulla sospensione della regola "ricapitalizza o liquidà" per le società che accedono a una procedura di crisi (art. 182-sexies legge fall.), di cui si dirà appresso

⁶ Cfr. N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, 568; A. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016; F. GUERRERA, *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in *La governance nelle società di capitali*, a cura di Vietti, Milano, 2013; N. ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2012, 11, p. 93; L. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 605; U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri «corretta gestione e societaria» della*

ovviamente, questi doveri amministrativi di “gestione della crisi” si concretino egualmente, anche ove questa emerga a prescindere dalla corretta elaborazione e utilizzazione dei programmi di *risk management* e di *risk reporting* e dall’impiego dei relativi “indicatori”.

Da un verso, la disposizione richiama i “programmi di valutazione del rischio” di cui all’art. 6, comma 3 (*rectius*: 2) TUSP, che l’organo amministrativo – al quale incombe per le s.p.a., il dovere di predisporre un assetto organizzativo, amministrativo e contabile “adeguato” alla natura e alle dimensioni dell’impresa, istituendo ove occorra un apposito sistema di “controllo interno” (cfr. art. 2381 c.c.)⁷ – è tenuto a elaborare e approvare; nonché a comunicare all’assemblea nel contesto della relazione sulla *corporate governance* (art. 6, comma 4, TUSP), che consiste in quel “bilancio organizzativo”⁸ mutuato dall’art. 123-bis TUF.

Dall’altro, la disposizione obbliga gli amministratori ad adottare “senza indugio” i provvedimenti necessari a prevenire l’aggravamento della crisi, a correggerne gli effetti e a eliminarne le cause “attraverso un idoneo piano di risanamento”. Questo assumerà verosimilmente la forma di un vero e proprio “piano di risanamento attestato” ex art. 67, comma 3, lett. d), legge fall., mirante al “riequilibrio” sia economico-patrimoniale, sia finanziario della società. In mancanza di esso, infatti, i relativi atti di esecuzione sarebbero esposti al rischio dell’azione revocatoria fallimentare e della responsabilità, anche penale (*arg.* art. 217-bis legge fall.), dei membri degli organi di amministrazione e controllo della società. Non sono previste, infatti, esenzioni di sorta per le società a partecipazione pubblica in quanto tali.

3. Omissioni degli amministratori e gravi irregolarità ai sensi dell’art. 2409 c.c.

società capogruppo, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 644; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Studi in ricordo di P.G. Jaeger*, Milano, 2011, p. 813; M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell’insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, p. 609; P. MONTALENTI, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 820; L. STANGHELLINI, *Directors’ duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the «reCAPitalize or liquidate» rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, a cura di Benazzo, Cera e Patriarca, Milano, 2011, p. 733; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d’insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 1027; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, p. 338 ss.

⁷ Cfr. da ultimo in argomento C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Giur. comm.*, 2016, 643; ID., *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori di società quotate*, in *Riv. soc.*, 2015, 350, ove ampie indicazioni bibliografiche alle quali si rinvia; S. FORTUNATO, *Il “sistema dei controlli” e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.)*, *ivi*, 253, 262 ss., 269 s. V. pure, per le società quotate, l’art. 149 TUF, che prevede la vigilanza del collegio sindacale, tra l’altro, sull’adeguatezza del sistema di controllo interno; e, per le società bancarie, gli artt. 53 e 67 TUB, in materia di vigilanza regolamentare con riguardo alla valutazione del rischio di credito, nonché l’art. 56 d.lgs. 180/2015 di recepimento della *Banking recovery and resolution directive* n. 2014/59/UE (“BRRD”).

⁸ Così G. PRESTI, *Dum Romae consulitur (note in tema di relazione sul governo societario e “bilancio organizzativo”)*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali*, Studi in onore di G.E. Colombo, Torino, 2011, 512.

L'omissione degli amministratori nell'attività di prevenzione e gestione della crisi costituisce, ai sensi dell'art. 14, comma 3, TUSP, una "grave irregolarità", suscettibile di essere denunciata ai sensi dell'art. 2409 c.c., nella configurazione ampliata che questo rimedio endosocietario assume secondo il disposto dell'art. 13 TUSP, cioè superando le differenze tipologiche tra s.p.a. e s.r.l. ed eliminando la soglia di partecipazione condizionante la legittimazione a ricorrere, relativamente agli enti pubblici soci.

Ma è evidente che l'utilità pratica del rimedio – che potrebbe essere attivato, del resto, anche alla stregua del diritto comune nei confronti degli amministratori che trascurassero il monitoraggio sulla "continuità aziendale" – potrà apprezzarsi solo quando l'emersione della crisi sia precoce e inequivocabile e l'inerzia degli organi sociali altrettanto manifesta. I tempi (non brevi) dell'ispezione e del procedimento *ex art. 2409 c.c.* e l'intervento sostitutivo di un amministratore giudiziario "esterno", che nulla sa della storia, dei problemi e delle dinamiche aziendali, sembrano, infatti, difficilmente conciliabili con l'esigenza di fronteggiare in maniera efficace e tempestiva la crisi dell'impresa.

La norma sembra valere allora – più che altro – come un ulteriore richiamo ai doveri di diligenza del socio pubblico nella cura e nella gestione della partecipazione (art. 9 TUSP) e come un "deterrente", avuto riguardo al rischio di responsabilità erariale in cui possono incorrere gli amministratori degli enti pubblici partecipanti per avere pregiudicato con la loro condotta – trascurando cioè il corretto esercizio dei diritti sociali – il valore della stessa (art. 12, comma 2, TUSP).

4. *Ristrutturazione, ricapitalizzazione e soluzioni negoziali della crisi.*

La crisi finanziaria della società di capitali a partecipazione pubblica si manifesta, in genere, congiuntamente a uno squilibrio economico-patrimoniale, che esige l'adozione degli "opportuni provvedimenti" ai sensi degli artt. 2446 e 2482-bis c.c. e la copertura delle perdite accumulate.

L'art. 14, comma 4, TUSP prescrive al riguardo con una formulazione piuttosto involuta (esso recita letteralmente: "non costituisce *provvedimento adeguato* ai sensi dei commi 1 e 2 [*rectius* 2 e 3]"), che il ripianamento delle perdite, in qualunque forma attuato, non è consentito se non accompagnato da (o, meglio, previsto e inquadrato in) un "piano di ristrutturazione aziendale" da cui risultino concrete e comprovate prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività.

Ora, senza escludere del tutto la possibilità di un piano economico-finanziario adottato dagli amministratori al di fuori da ogni "ombrello protettivo" legale, il riferimento primario resta indubbiamente quello al "piano di risanamento attestato" ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *d*), che – com'è noto – può ben collegarsi ad accordi stragiudiziali con taluni creditori; oppure al "piano" di cui agli artt. 161 e 182-

bis legge fall., predisposto cioè a servizio di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti “con continuità aziendale”.

In questi casi, per la verità, l’accesso alla procedura di crisi comporterebbe di per sé la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione secondo l’art. 182-sexies legge fall.⁹, eliminando in radice la necessità di una copertura indifferibile delle perdite, che dovrebbe avvenire altrimenti “al buio” e comportare il pericolo di dissipare risorse pubbliche con interventi a fondo perduto, attuati in assenza di serie prospettive di riequilibrio strutturale.

Concordati e accordi di ristrutturazione sono caratterizzati, infatti – almeno di norma – dalla riduzione dei debiti e degli interessi, che producono sopravvenienze attive idonee a neutralizzare (in tutto o in parte) le perdite e a riequilibrare lo stato patrimoniale della società, in esito all’omologazione definitiva e alla regolare esecuzione degli stessi. E allo stesso scopo potrebbero concorrere gli utili prodotti, durante la procedura (cioè sino alla sua formale e definitiva chiusura), dalla gestione dell’impresa in ristrutturazione, che potrà ben essere agevolata dai nuovi conferimenti, apporti e finanziamenti.

Da tutto questo si ricava allora, traducendo il precetto in termini positivi, che gli interventi di rifinanziamento e ricapitalizzazione delle società partecipate sono legittimi – e addirittura doverosi, ove sussistano valori aziendali da salvaguardare – purché si esplicino nell’ambito di un “piano” predisposto nelle forme appropriate rispetto alla tipologia e alla gravità della crisi da risolvere.

5. *Limiti al risanamento delle società in perdita sistematica.*

Sull’adozione di un “piano di risanamento” delle società pubbliche (*in house* o miste) in possesso di convenzioni o di contratti di servizio o di programma, relativi a servizi d’interesse generale o investimenti pubblici (un piano approvato dall’Autorità di regolazione del settore, “ove esistente”, e comunicato alla Corte dei Conti nei modi dell’art. 5 TUSP, che contempra il riequilibrio finanziario *entro tre anni*) si impernia pure l’eccezione al divieto di cui all’art. 14, comma 5, TUSP.

Questa disposizione proibisce alle PP.AA. titolari di partecipazioni in società pubbliche – ma con la significativa esclusione delle società quotate e delle banche –, di effettuare conferimenti, erogare finanziamenti e rilasciare garanzie alle società

⁹ Cfr. C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (Diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, 1026 ss.; P. BENAZZO, *Crisi d’impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, ivi, 241; F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutele dei creditori*, in *Banca, borsa*, 2016, 144; L. SALAMONE, *Funzione del capitale e funzionamento del netto nella s.r.l.*, ivi, 14; U. TOMBARI, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Riv. soc.*, 2013, 1138; F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, ivi, 1114.

partecipate che operino strutturalmente in perdita, salvo che la crisi non sia reversibile, ma in tempi abbastanza brevi e certi. Pertanto, “trasferimenti straordinari” per il salvataggio delle società a partecipazione pubblica potranno effettuarsi anche in tali casi (cioè perdite registratesi per tre esercizi consecutivi, anche se ripianate con l'utilizzazione di riserve disponibili), ma sotto l'egida di un piano di risanamento presumibilmente risolutivo.

La disposizione proibitiva di cui all'art. 14, comma 5, primo periodo, del TUSP fa salve peraltro – almeno apparentemente – richiamando gli artt. 2447 e 2482-ter c.c., le ipotesi di riduzione obbligatoria per perdite che abbiano eroso il capitale oltre la soglia del minimo legale. Ma una tale eccezione, letteralmente intesa, annullerebbe la portata del divieto proprio nei casi più gravi e purtroppo frequenti di patrimonio netto contabile “negativo”; essa deve essere interpretata, pertanto, nel senso di ricollegare pur sempre la ricapitalizzazione della società a un serio piano di “riequilibrio”.

Del resto, la normativa da cui quella dettata dal nuovo TUSP deriva era interpretata, appunto, dalla giurisprudenza contabile come imposizione di un “divieto di soccorso finanziario” agli organismi in stato di dissesto e di un freno agli interventi volti a coprirne le perdite strutturali¹⁰, in quanto aventi impatto negativo sui bilanci degli enti pubblici e idonei a comprometterne la sana gestione finanziaria.

Al di fuori di un siffatto piano, sono possibili soltanto degli interventi eccezionali, autorizzati con d.p.c.m. adottato su proposta del MEF “al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione dei servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza, l'ordine pubblico e la sanità” (art. 14, comma 5, ultimo periodo). Ma qui ci si trova al di fuori dall'alveo del diritto concorsuale, perché la *continuità* – che sembra riguardare il servizio e il contratto, anziché l'impresa come tale – è alimentata da un intervento straordinario, che prescinde da ogni controllo di legittimità e di convenienza dell'autorità giudiziaria.

Al netto delle perplessità sull'efficacia e cogenza di questa normativa (e quindi sulla sua reale utilità dal punto di vista della contabilità e della finanza pubblica), merita di essere apprezzata positivamente la dimensione obbligatoria che sia la pianificazione della gestione della crisi, sia la tensione verso il risanamento dell'impresa e dei bilanci aziendali assumono nel quadro dei doveri e dei compiti degli organi di amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica.

¹⁰ Cfr. Corte Conti, sez. III, 18 marzo 2014, n. 137 (“Deve essere affermata la responsabilità amministrativa di tutti i componenti della Giunta di un Comune che hanno espresso il loro voto favorevole ad una delibera con la quale si è deciso di procedere all'erogazione di una somma di denaro a favore di una società partecipata in “conto futuro aumento di capitale”, in un momento nel quale l'analisi del bilancio della società avrebbe dovuto far ritenere altamente probabile che non sarebbe stato possibile garantire la continuità aziendale e la somma erogata sarebbe stata destinata alla copertura delle gravi perdite della società”); Corte Conti reg., (Lombardia), sez. contr., 12 giugno 2012, n. 269 (“Viola le regole di sana gestione finanziaria l'ente locale che, dopo aver deciso di partecipare al capitale di una società, versi a questa contributi a fondo perduto per impedire l'emersione di perdite”). V. pure analogamente Corte Conti, sez. reg. contr. Puglia, delib. n. 141, 30 luglio 2014; Corte Conti, sez. Autonomie, delib. n. 15, 6 giugno 2014; Corte Conti, sez. reg. contr. Toscana, delib. n. 126, 30 aprile 2013.

E' chiaro, tuttavia, che in assenza di concrete prospettive di risanamento e di credibili vantaggi per i creditori dalla prosecuzione dell'impresa – e, collateralmente, per dipendenti e collaboratori, grazie alla continuazione dei contratti (anche pubblici) in corso di esecuzione, e all'aggiudicazione di nuove commesse alle condizioni previste dagli artt. 169-bis e 186-bis legge fall. –, gli amministratori della società pubblica dovranno astenersi dalla elaborazione di proposte di concordato o accordo di ristrutturazione dei debiti non realmente “fattibili” e promuovere senz'altro il fallimento della società partecipata.

6. *Fallimento e concordato della società a partecipazione pubblica.*

Il fallimento di una società “a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti” (diversamente dal concordato preventivo o dall'accordo di ristrutturazione dei debiti) è sanzionato – sul piano pubblicistico – col divieto di costituire nuove società e di acquisire o mantenere partecipazioni in società che gestiscano gli stessi servizi (art. 14, comma 6, TUSP). In altri termini, l'insuccesso della formula organizzativa societaria – “*in house*” o “a partecipazione mista pubblico-privata” – prescelta per l'organizzazione e la gestione di quelle attività, allorché sfoci in una dichiarazione d'insolvenza, impedisce all'ente o all'amministrazione di riproporsi nella stessa veste di imprenditore pubblico (o di partner pubblico) e lo obbliga a esternalizzare totalmente il servizio affidato, mantenendo un controllo di natura puramente *contrattuale* sulla sua esecuzione.

Il fallimento della società a partecipazione pubblica non comporta però, in tutti i casi, la cessazione dell'attività. Essa potrà continuare in virtù dell'esercizio provvisorio disposto ai sensi dell'art. 104 legge fall., *in toto* o limitatamente a singoli rami di essa, allo scopo di salvaguardare l'avviamento aziendale, sempre che non arrechi pregiudizio ai creditori.

La prosecuzione dell'impresa con la gestione sostitutiva del curatore fallimentare è agevolata dalla tendenziale continuazione dei contratti pendenti (art. 104, comma 7) e consente, almeno in linea di principio e non diversamente che nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, di continuare a perseguire quelle finalità (*i.e.*, produzione di un servizio d'interesse generale; progettazione e gestione di un'opera pubblica; organizzazione e gestione di un servizio pubblico; produzione di beni e servizi strumentali all'ente partecipante: cfr. art. 4 TUSP) per le quali la società è stata costituita o acquisita ed è partecipata o controllata dall'amministrazione pubblica socia.

Da questo punto di vista, la disciplina del fallimento si pone, quindi, su una linea di continuità, e non di frattura, con quella delle soluzioni negoziali (anche preventive) della crisi d'impresa, giacché risulta idonea a tutelare il valore oggettivo dell'attività a prescindere dalle vicende soggettive del suo titolare.

L'art. 110, comma 3, Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) prevede, in linea generale, con riguardo all'esecuzione degli appalti per lavori, servizi e forniture, che il curatore del fallimento autorizzato all'esercizio provvisorio può "eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita"; e ciò dovrebbe valere, per quanto si dirà appresso, anche per tutti gli affidamenti, anche quelli "diretti". Inoltre, lo stesso comma 3 equipara tendenzialmente all'esercizio provvisorio fallimentare il concordato preventivo "con continuità aziendale", stabilendo che l'appalto possa essere eseguito dall'impresa ad esso ammessa, "con l'autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC"; mentre il comma 4 dell'art. 110 del Codice estende lo stesso regime al concordato "con cessione dei beni" e al c.d. pre-concordato.

A queste disposizioni, poste in materia di "esecuzione", dovrebbe riconoscersi portata generale, pur considerando che il contratto con la società pubblica (*in house*) ricadrebbe, sia pure sotto il profilo specifico dell'affidamento, nel novero dei "contratti esclusi" *ex art. 4 e segg.* del Codice stesso.

7. Fallimento, concordato e circolazione dell'azienda.

Anche in caso di fallimento, la separazione delle sorti dell'impresa da quelle dell'imprenditore potrà realizzarsi mediante l'affitto prima e poi la cessione o il conferimento in una *newco.* dell'azienda (artt. 104-bis e 105 legge fall.) cui l'esercizio provvisorio prelude, in vista di una liquidazione ottimale delle attività. Ovvero in virtù di un concordato fallimentare *con assunzione* o *riorganizzativo* (accompagnato, cioè, da una operazione di aumento di capitale o di fusione, scissione o scorporo), che preveda il trasferimento o l'assegnazione dell'azienda o del ramo corrispondente al settore d'attività da continuare – con la dotazione della commessa pubblica che ne rappresenta di norma il nucleo più importante – a un'entità nuova e diversa, sul piano soggettivo o dell'assetto proprietario.

Tuttavia, queste vicende circolatorie e modificative dell'impresa societaria, regolate dal diritto comune delle procedure concorsuali, devono essere coordinate con la disciplina dei contratti pubblici, giacché, a prescindere dal rilievo dello stato d'insolvenza, esse possono determinare il *mutamento soggettivo* del contraente.

Al riguardo, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) stabilisce agli artt. 106 e 175 che i contratti di appalto e di concessione possono essere *modificati*, senza una nuova procedura di affidamento, se all'aggiudicatario o al concessionario iniziale succede "... anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni (*sic!*), fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato a eludere l'applicazione del presente Codice".

E' fatta salva, tuttavia, per le concessioni, l'eventuale necessaria autorizzazione del concedente da rilasciarsi in base alla regolamentazione di settore. Ciò consente di

conciliare le regole pubblicistiche con le discipline del fallimento e del concordato, che sono volte a massimizzare il soddisfacimento dei creditori, proprio nei casi in cui il valore economico della società a partecipazione pubblica dipende dal rapporto contrattuale con la P.A. costituente, partecipante o controllante.

8. *Il fallimento della società in house.*

Se il fallimento colpisce una società *in house*, l'esercizio provvisorio potrebbe durare in astratto – e sempre che la prosecuzione dell'impresa non danneggi i creditori e non sia interrotta dagli organi della procedura – fino alla scadenza del contratto pubblico ricevuto in “affidamento diretto”, allo scopo di salvaguardare la continuità dell'attività ad essa affidata nell'interesse generale e di evitarne un'interruzione pregiudizievole per la collettività.

Nel caso della società *in house*, beninteso, potrebbe dubitarsi della compatibilità della “gestione sostitutiva” del curatore con l'esercizio dei poteri di “controllo analogo” dell'ente che hanno giustificato, all'origine, l'affidamento diretto; ma devono essere considerate anche la finalità inderogabile dell'amministrazione fallimentare e la diversa natura della vigilanza degli organi della procedura sull'esercizio provvisorio rispetto al controllo tecnico-economico del committente.

Beninteso, l'ente pubblico controllante e affidante potrà sempre, ricorrendone le condizioni, attivare i rimedi negoziali previsti per la risoluzione del contratto di appalto o di concessione, rescindere il rapporto anticipatamente e procedere al riaffidamento sul mercato: scelta che, peraltro, sembrerebbe necessitata in virtù dell'art. 14, comma 6, TUSP.

In ogni caso, la titolarità o la gestione del contratto pubblico non potrebbero transitare, in forza di una decisione degli organi del fallimento, a un imprenditore privato selezionato, nel corso e con le regole di esso, come *affittuario* o *acquirente* dell'azienda o *assuntore* del concordato fallimentare o *nuovo socio di controllo* della società fallita (le cui partecipazioni dovrebbero cedere a seguito del conferimento dell'azienda ai sensi dell'art. 105, comma 8, legge fall.), senza osservare le procedure competitive di evidenza pubblica stabilite dal Codice dei contratti pubblici per l'affidamento del servizio o dell'appalto, se non nei limiti e con gli accorgimenti di cui ai sopra cennati artt. 106 e 175.

L'art. 110 del Codice prevede poi – per gli appalti – in caso di risoluzione o di scioglimento del contratto conseguente a fallimento, concordato, liquidazione coatta ecc. l'interpello degli altri partecipanti alla gara finalizzato all'affidamento alle stesse condizioni del completamento dei lavori. Nello stesso senso depone indirettamente anche l'art. 16, comma 5, TUSP, là dove dispone che, in caso di scioglimento del rapporto convenzionale con l'ente pubblico socio, le attività affidate in precedenza alla società *in house* debbano essere riaffidate nei sei mesi successivi secondo le ordinarie regole pubblicistiche (salva la sua provvisoria operatività in proroga).

9. *Il fallimento della società mista.*

Se il fallimento colpisce una società a partecipazione mista pubblico-privata ovvero il socio privato, selezionato in considerazione della sua capacità tecnica ed economico-finanziaria (oltre che, ovviamente, dell'offerta economica formulata), la situazione si prospetta in maniera alquanto più articolata.

Nel primo caso (insolvenza della società mista), che potrebbe originare facilmente, peraltro, anche dalla crisi finanziaria o dal dissesto dell'ente pubblico socio, la situazione non sembra differire da quella della società *in house* (esercizio provvisorio del curatore, ove possibile, ma svolto sempre avvalendosi delle risorse, delle competenze e dell'organizzazione industriale del partner privato; scioglimento automatico o risoluzione in danno del contratto pubblico; riaffidamento esterno dell'appalto o del servizio ecc.).

Nel secondo caso (insolvenza del socio privato), la crisi, se non gestita e risolta con idonee soluzioni concordatarie “in continuità”, non potrà che ripercuotersi su quel “partenariato pubblico-privato istituzionale” in cui la stessa società mista consiste; di conseguenza dovranno attivarsi, contemporaneamente e sinergicamente, tutti i rimedi contrattuali, societari e parasociali previsti per la cessazione anticipata della partnership pubblico-privata (da un verso, la risoluzione del contratto d'appalto o di servizio; dall'altro, lo scioglimento della società mista, il riscatto delle azioni o delle quote del socio privato, la cessione a un nuovo partner della partecipazione ecc., disapplicando eventuali clausole limitative della sua circolazione)¹¹.

L'obiettivo è quello di interrompere la “coabitazione societaria” dell'ente pubblico con l'imprenditore privato, che trae origine dal programma negoziale (in sostanza, una “*incorporated joint-venture*”) mirante a controllare “dall'interno” l'esecuzione della commessa pubblica affidata alla società mista, grazie *anche* all'impiego dei tipici rimedi endosocietari.

10. *La disciplina delle azioni di responsabilità: il caso della società in house.*

Resta da affrontare il tema delle azioni di responsabilità, che – com'è noto – rappresenta un capitolo importante della disciplina e della prassi delle procedure concorsuali.

Su questa materia, l'art. 12 del TUSP, peraltro rubricato in singolare contraddizione con il suo contenuto “*Responsabilità degli enti partecipanti* [su cui in realtà mancano disposizioni di sorta] e *dei componenti degli organi delle società partecipate* [sebbene si occupi principalmente degli amministratori e non dica quasi nulla dei sindaci]”, non dispone in modo del tutto chiaro e razionale, perché risulta evidentemente da diverse

¹¹ Cfr. ora Cons. St., sev. V, 28 settembre 2016, n. 4140, che ha affermato la nullità delle clausole di prelazione a favore del socio privato nelle società a partecipazione mista.

giustapposizioni e manipolazioni del testo originario¹². Esso solleva, perciò, molteplici dubbi interpretativi, che con elevata probabilità finiranno per acutizzarsi nei casi d'insolvenza della società e di (asserita) responsabilità di amministratori e sindaci per la causazione e l'aggravamento del dissesto della società pubblica.

La disposizione in oggetto, da un verso, ribadisce l'applicabilità, in linea di principio, a tutte le società partecipate da enti pubblici del regime ordinario delle azioni civili di responsabilità; dall'altro, istituisce – o meglio riproduce – per le società *in house*, in aderenza al controverso indirizzo della Corte di Cassazione, un regime affatto speciale, allorché fa salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti (art. 12, comma 1, secondo periodo), che sono considerati alla stregua di “agenti pubblici” legati da un diretto “rapporto di servizio” alla P.A. committente.

Orbene, questa scelta normativa – seppure possa ritenersi giustificabile alla luce di un'esperienza passata di lassismo e di diffusa impunità – lascia irrisolti i gravi problemi ermeneutici e applicativi segnalati in dottrina già all'indomani del *revirement* di Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, a causa della mancata previsione di adeguati meccanismi di coordinamento di ordine processuale e sostanziale.

Invero, la responsabilità erariale degli amministratori per *mala gestio*, in quanto volta a ristorare il danno subito dall'ente socio, non potrebbe assorbire, in caso d'incapienza del patrimonio sociale, la responsabilità verso i creditori *ex art. 2394 c.c.*, i cui diritti meritano di certo una tutela non inferiore a quella dell'ente stesso. D'altronde, essa non è coordinata legalmente con la responsabilità degli amministratori e sindaci verso i creditori sociali, a differenza della responsabilità verso la società, rispetto alla quale, invece, dagli artt. 2393, comma 6 e 2394, comma 3, c.c. si può ricavare il principio secondo cui la fruttuosa definizione della causa di danni, conseguendo l'obiettivo di reintegrare il patrimonio sociale e, di riflesso, la garanzia generica che questo rappresenta per i creditori, impedisce l'azione diretta da parte di costoro contro i titolari degli organi di amministrazione e controllo.

Per contro, l'erogazione – anziché a favore della società – di un risarcimento “diretto” a carico dei gestori negligenti o infedeli e a favore dell'ente pubblico-socio, se pure nei limiti della sua partecipazione alla società, da un verso, lascia insoddisfatti gli interessi che fanno capo ai soggetti “esterni” ad essa; dall'altro inficia quella stessa autonomia patrimoniale che la Corte di Cassazione ha pur sempre riconosciuto alla società *in house* nel negarne la soggettività e “alterità” rispetto alla P.A. controllante.

11. *Le azioni di responsabilità in caso di fallimento della società in house.*

Da questo punto di vista, la situazione non cambia, ed anzi si complica, nel caso della dichiarazione di fallimento, che assegna all'organo della procedura concorsuale la legittimazione esclusiva a esercitare l'azione di responsabilità “a doppio titolo”, per la

¹² Cfr. sul punto V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 835 ss.

società e per i creditori sociali (artt. 2394-bis c.c. e 146 legge fall.). Difatti, la responsabilità contabile degli amministratori (e anche dei sindaci) della società *in house* – non potendo costoro ragionevolmente rimanere esposti a una duplice pretesa risarcitoria per gli stessi fatti dannosi con l'esercizio contemporaneo delle due azioni dinanzi a due diversi giudici¹³ – rischia di essere paralizzante per l'attuazione della tutela dei creditori sociali, con conseguenze inaccettabili dal punto di vista costituzionale. Anche i soci privati minoritari eventualmente presenti nella compagine della società a partecipazione pubblica, oltretutto, hanno ragione di temere la devoluzione della tutela giurisdizionale alla Corte dei Conti in relazione a quegli stessi “danni riflessi” da loro subiti, al pari del socio pubblico.

In effetti, soltanto una sentenza di condanna che disponesse in esito a un unico giudizio la reintegrazione del patrimonio sociale – non importa se “separato” o “autonomo” o anche “soggettivizzato” – potrebbe ristorare realmente i plurimi interessi lesi, per lo più indirettamente, dalla condotta antiggiuridica degli organi sociali. Fuori da questo modello, i creditori non potrebbero aspirare ad altro che a una tutela individuale di tipo “aquiliano” dei loro diritti soggettivi, magari fondata sull'art. 28 Cost., che prevede la responsabilità dei funzionari pubblici estesa in solido all'ente pubblico nell'ambito della cui organizzazione essi hanno operato per gli atti compiuti dai primi in violazione dei medesimi; ma si tratta, chiaramente, di una tutela regressiva e del tutto insoddisfacente dal punto di vista giuscommerciale.

Il nuovo Codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174), con una norma che riecheggia l'art. 7, comma 7, del Codice del processo amministrativo, enuncia all'art. 3 il “principio di concentrazione” (per cui “Nell'ambito della giurisdizione contabile, il principio di effettività [di cui all'art. 2] è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice contabile di *ogni forma di tutela degli interessi pubblici e dei diritti soggettivi coinvolti*, a garanzia della ragionevole durata del processo contabile”). Tuttavia non è chiaro come possa realizzarsi poi, sul piano *processuale*, un idoneo coordinamento delle relative azioni, non essendo previsto, almeno espressamente (art. 85 C.G.C.), l'intervento “autonomo” dei soggetti privati (e, in specie, del

¹³ La questione è stata trattata incidentalmente, ma non risolta, da Cass., S.U., 24 marzo 2015, n. 5848, in *Giur. comm.*, 2016, II, 789, con nota di Cossu, la quale, esprime un atteggiamento alquanto perplesso sul punto, giacché, mentre ribadisce il principio secondo cui “*la giurisdizione penale e civile, da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali anche quando investono un medesimo fatto materiale [ragion per cui] se ne potrebbe dedurre che la surriferita tesi dei controricorrenti non coglie nel segno, appunto perchè non è sufficiente che, in una determinata situazione, sia ravvisabile la giurisdizione della Corte dei conti per escludere che sussista anche la giurisdizione del tribunale civile*”; dall'altro osserva pure: “*ci si potrebbe nondimeno chiedere se, nel particolare caso di danni cagionati ad una società in house, gli specifici argomenti che hanno condotto queste Sezioni Unite ad affermare la giurisdizione della Corte dei conti nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi sociali responsabili di quei danni – implicanti l'inesistenza, almeno a questo fine, di un vero e proprio rapporto di alterità soggettiva tra la società partecipata e l'ente pubblico partecipante – non debbano al tempo stesso portare, sul piano logico, ad escludere la possibilità di una (eventualmente concorrente) giurisdizione del giudice ordinario investito da un'azione sociale di responsabilità per i medesimi fatti*”; concludendo poi per la superfluità dell'indagine nel caso di specie, alla luce dell'inesistenza dei requisiti dell'*in house providing* al tempo della commissione dei fatti addebitati.

curatore fallimentare) nel processo dinnanzi alla Corte dei conti, bensì soltanto l'intervento adesivo “dipendente”.

Quest'ultimo potrebbe servire alla tutela dei *diritti soggettivi* soltanto nel caso in la condanna – se pure con tutti i limiti propri della disciplina della responsabilità per danno erariale (sotto il profilo dei requisiti di colpevolezza, della parzialità e della non trasmissibilità agli eredi) – venisse pronunciata a favore della stessa società *in house*, anziché dell'ente socio. Ma è molto dubbio che a questo risultato interpretativo possa giungersi, se non prospettando una rigida distinzione, quasi un'antinomia, tra il danno erariale configurabile nella *mala gestio* della società *in house* e quello definito dallo stesso art. 12 TUSP, comma 1, ult. periodo e comma 2, ai fini della sua risarcibilità “nei limiti della quota di partecipazione pubblica”.

Il TUSP utilizza peraltro una locuzione ambigua (“*Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale e non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta degli enti pubblici partecipanti ... che, nell'esercizio dei propri diritti di socio abbiano, con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione*”, ricavata eliminando dalla formulazione originaria gli avverbi limitativi “direttamente” o “esclusivamente”), che potrebbe in teoria aprire la strada al risarcimento generalizzato del “danno riflesso” in tutte le società a partecipazione pubblica¹⁴.

In ogni caso, restano oscure, anche sul piano *sostanziale*, le modalità di interazione e armonizzazione della disciplina della responsabilità per danno erariale con le regole privatistiche. Basti pensare ai problemi che potrebbe suscitare, sotto il profilo dell'individuazione, del concorso e della graduazione dei soggetti beneficiari della condanna, l'accoglimento dell'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci, quando ad agire siano non solo il procuratore presso la Corte dei Conti (a tutela dell'ente-socio, anziché della società *in house*, come mera “articolazione” di esso), ma anche il curatore o il commissario straordinario (a tutela dei creditori sociali).

La condanna, peraltro, potrebbe essere pronunciata a loro carico ai sensi, non soltanto dell'art. 2394-bis, ma anche dell'art. 2497, comma 2, c.c.: essi sono, infatti, corresponsabili del danno arrecato alla società dall'esercizio abusivo del potere d'influenza dell'ente pubblico, se “transitato” per tramite delle loro attività o decisioni, almeno ove si condivida l'inquadramento dell'*in house providing* societario nella fenomenologia dell'attività di direzione e coordinamento¹⁵. Si pensi, ancora, all'azione di rivalsa esercitata dagli amministratori convenuti contro l'ente partecipante e affidante, il quale esercita il controllo analogo, in relazione alla rilevanza causale assorbente o concorrente che sovente le direttive pregiudizievoli

¹⁴ Cfr. in argomento M. COSSU, *Le Sezione Unite non compongono il contrasto di giurisdizione in materia di società a partecipazione pubblica totalitaria*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 792, 812 ss.; V. DONATIVI, (nt. 12), 856 ss.; Glinianski, *Commento all'art. 12*, in C. D'ARIES, S. GLINIANSKI, T. TESSARO, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Rimini, 2016, 121 ss.

¹⁵ Cfr. F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 775 ss.

(anche informali) da essi ricevute ed eseguite assumono in ordine alla gestione dell'impresa pubblica.

12. *L'azione di responsabilità da eterodirezione abusiva.*

Resta invece sicuramente ancorata alla giurisdizione ordinaria l'azione individuale o del curatore o del commissario *ex art. 2497*, comma 4, c.c., volta a far valere la responsabilità (risarcitoria) da scorretta “direzione unitaria” dell'ente pubblico, verso i creditori della controllata insolvente.

La subordinazione gerarchica degli amministratori della società *in house* agli organi all'ente pubblico non è, del resto, inconciliabile con l'alterità della società controllata, né postula necessariamente la sua degradazione a mera forma di separazione patrimoniale, ma richiede soltanto una particolare *disciplina organizzativa*, su base statutaria, del rapporto di eterodirezione. Tale disciplina dovrà rispondere ai dettami dell'art. 16 del TUSP e alla nuova definizione del “controllo analogo” di cui all'art. 2, comma 1, lett. c) come (semplice) “influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”, in termini quindi perfettamente coerenti al “ruolo” dell'ente capogruppo.

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

13. *Gli accantonamenti a coperture delle perdite delle società partecipate.*

Altra e distinta prospettiva di tutela potrebbe essere, *de jure condendo*, quella della responsabilità *patrimoniale* dell'ente controllante pubblico, in quanto tale, fondata oggettivamente sulla sua posizione di dominio societario e commisurata alle perdite da “coprire” per tenere indenni i creditori sociali.

Il sistema normativo mostra, in effetti, dei segnali di evoluzione nel senso di una amministrazione più “responsabile” delle società controllate e partecipate, giacché impone, sia pure gradualmente e parzialmente (con speciali regimi agevolati per quelle esercenti servizi pubblici “a rete” a rilevanza economica), accantonamenti in appositi fondi vincolati a copertura delle perdite delle società partecipate (art. 21 TUSP); gli importi accantonati sono resi disponibili in misura proporzionale alla

quota di partecipazione nel caso di ripianamento della perdita (ma anche di dismissione o di messa in liquidazione)¹⁶.

Tuttavia, siamo ben lontani da un risultato di protezione soddisfacente per i creditori sociali, considerando che la legge, proprio nei casi più gravi – come si è già visto nel commentare l'art. 14, comma 5, TUSP (*supra*, § 6) – e nel rispetto dei principi di efficienza e concorrenza nel mercato, vieta alle pubbliche amministrazioni i trasferimenti straordinari finalizzati al mero ripianamento delle perdite, nonché la concessione di finanziamenti e di garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato risultati negativi per tre esercizi consecutivi.

La legge circonda tali interventi, proprio con riguardo al risanamento dell'esposizione debitoria, di particolari cautele e limitazioni, che si riverberano, poi, inevitabilmente in danno dei creditori stessi. Costoro rischiano di risultare infatti – alla resa dei conti – l'anello più debole della catena, ed è questo probabilmente l'aspetto più oscuro e controverso della disciplina del TUSP, su cui, anche per ottemperanza al precetto di chiarezza del regime della responsabilità contenuto nella delega, occorrerebbe un nuovo intervento legislativo.

¹⁶ Si trascrivono qui di seguito i primi due commi dell'art. 21 TUSP: “1. Nel caso in cui società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali comprese nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, presentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti, che adottano la contabilità finanziaria, accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Le pubbliche amministrazioni locali che adottano la contabilità civilistica adeguano il valore della partecipazione, nel corso dell'esercizio successivo, all'importo corrispondente alla frazione del patrimonio netto della società partecipata ove il risultato negativo non venga immediatamente ripianato e costituisca perdita durevole di valore. Per le società che redigono il bilancio consolidato, il risultato di esercizio è quello relativo a tale bilancio. Limitatamente alle società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, per risultato si intende la differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell'articolo 2425 del codice civile. L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione”. “2. Gli accantonamenti e le valutazioni di cui al comma 1 si applicano a decorrere dall'anno 2015. In sede di prima applicazione, per gli anni 2015, 2016 e 2017, in presenza di adozione della contabilità finanziaria: a) l'ente partecipante a società che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio negativo accantona, in proporzione alla quota di partecipazione, una somma pari alla differenza tra il risultato conseguito nell'esercizio precedente e il risultato medio 2011-2013 migliorato, rispettivamente, del 25 per cento per il 2014, del 50 per cento per il 2015 e del 75 per cento per il 2016; qualora il risultato negativo sia peggiore di quello medio registrato nel triennio 2011-2013, l'accantonamento è operato nella misura indicata dalla lettera b); b) l'ente partecipante a società che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio non negativo accantona, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, una somma pari al 25 per cento per il 2015, al 50 per cento per il 2016 e al 75 per cento per il 2017 del risultato negativo conseguito nell'esercizio precedente”.