



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE**  
**DIPARTIMENTO DI STUDI AZIENDALI**

DOTTORATO DI RICERCA IN  
*“Analisi aziendale e giuridica: mercati, finanza, istituzioni e consumatori”*  
CURRICULUM IN  
*“Diritto dei mercati e dei consumatori”*  
XXIX° CICLO

**La crisi delle società partecipate dagli enti locali:  
tutela dell’utenza e salvaguardia dell’organismo produttivo**

Settore scientifico di afferenza: IUS/04

**COORDINATORE DEL DOTTORATO:**

Chiar.ma Prof.ssa Maddalena Rabitti

**TUTOR:**

Chiar.mo Prof. Paolo Valensise

Chiar.mo Prof. Giustino Di Cecco

**DOTTORANDO:**

Dott. Davide De Filippis

*A mamma e papà*

*In rebus quibuscumque difficilioribus non  
expectandum, ut quis simul, et seriatim, et  
metat sed praeparatione opus est, ut per  
gradus maturescant.*

BACON., *Serm. fidel.*, n. XLV.



# INDICE

<i>Ripartire da Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251</i> .....	3
---	---

## CAPITOLO I

### QUALIFICAZIONE DELLA FATTISPECIE

PREMESSA.....	6
---------------	---

#### PARTE I

##### L'ATTIVITÀ

1. L'intervento dello Stato nell'economia e sull'economia: profili storici.....	10
2. La parabola della normativa in materia di servizi pubblici locali.....	20
3. L'apertura dei servizi pubblici locali al mercato: profili concorrenziali.....	32
4. Il contratto di utenza e il rilievo della continuità del servizio.....	38
5. Il <i>trade off</i> tra efficienza ed equità e la concorrenza dei moderni.....	54

#### PARTE II

##### I SOGGETTI

1. Il fenomeno dell'autoproduzione: modello generale alternativo alla gara o modello "eccezionale"?.....	62
2. La società <i>in house providing</i> : il controllo analogo e il diritto societario.....	71
3. Brevi cenni sull'ammissibilità di strumenti di diritto pubblico nella gestione dei servizi pubblici locali: l'azienda speciale.....	89
4. Le società a partecipazione mista pubblico - privata: il socio privato.....	93

## CAPITOLO II

### LA CONTINUITÀ DEL SERVIZIO QUALE (POSSIBILE) FONDAMENTO

#### DELLE TESI NEGATIVE DELLA FALLIBILITÀ

PREMESSA.....	107
1. L'orientamento tipologico-pubblicistico. Critica.....	116

1.1. (segue) La fallibilità della società <i>in house providing</i> -patrimonio separato. Critica.....	133
2. L'approccio funzionale e il carattere necessario della società in mano pubblica. Critica.....	141
3. L'assenza del carattere commerciale dell'attività esercitata dalle società "in pubblico comando" come motivo di esenzione dal fallimento. Critica.....	149
4. La permanente validità della tesi tradizionale formalistica o nominalistica (anche alla luce dell'art. 14 T.u. in materia di società a partecipazione pubblica).....	160
4.1. (segue) La garanzia della continuità del servizio realizzata attraverso i meccanismi di allerta della crisi predisposti dal gestore.....	168
5. Le deviazioni applicabili alle società pubbliche rispetto alla normativa di diritto fallimentare: il problema dei beni pubblici.....	178
6. Brevi considerazioni conclusive.....	194

### **CAPITOLO III**

#### LA CRISI E L'INSOLVENZA DEL GESTORE:

##### GLI STRUMENTI PER GARANTIRE LA CONTINUITÀ

1. Alcune riflessioni preliminari: le prospettive di riforma della legge fallimentare e l'inapplicabilità del nuovo codice dei contratti pubblici.....	196
1.1. (segue) Sull'applicabilità degli artt. 67, co. 3, lett. d) e 182- <i>bis</i> l. fall. alle società a partecipazione pubblica.....	207
2. Il concordato preventivo con continuità aziendale (ri)letto alla luce dell'art. 14 TUSPP....	213
3. L'esercizio provvisorio dell'affidatario di un servizio pubblico locale dichiarato fallito....	225
3.1. (segue) L'esercizio provvisorio "urgente".....	228
3.2. (segue) L'esercizio provvisorio "successivo".....	235
4. L'affitto d'azienda endofallimentare e il problema della compatibilità con l'interesse alla continuità del servizio pubblico locale.....	241
4.1. (segue) Ancora sull'inammissibilità dell'affitto endoconcorsuale: il ruolo del curatore nella scelta del contraente.....	247

### **CAPITOLO IV RIFLESSIONI CONCLUSIVE.....253**

#### BIBLIOGRAFIA ARTICOLI DI DOTTRINA/NOTE A SENTENZA/OPERE COLLETTANEE.....261

#### BIBLIOGRAFIA MONOGRAFIE/MANUALISTICA.....282

***Ripartire da Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251.***

Con la sentenza del 25 novembre 2016, n. 251 la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, tra gli altri, l'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7) e l'art. 19, lettere b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u), della legge 7 agosto 2015, n. 124 recante “deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”: si tratta, in particolare, delle norme contenenti i principi e criteri direttivi che avrebbero dovuto presiedere all'emanazione, da parte del Governo, dei decreti delegati in materia di “riordino”, rispettivamente, della disciplina delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche e della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale.

Ora, prescindendo dalla motivazione che ha condotto la Consulta alla declaratoria di incostituzionalità – consistente, in estrema sintesi, nella lesione del principio di leale collaborazione in presenza di materie, come quelle ora citate, ove le competenze statali e regionali parrebbero *inestricabilmente connesse* –, occorre sottolineare come la decisione adottata abbia avuto per oggetto soltanto la ricordata legge delega, non “travolgendo” le disposizioni contenute negli atti legislativi che hanno già dato attuazione alla delega in questione.

Ai nostri fini, tra questi, si segnala il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (nel prosieguo indicato pure come TUSPP), la cui entrata in vigore (il 23 settembre 2016) è stata salutata, presso gli interpreti, con favore stante il decisivo intervento su svariate tematiche, da tempo, al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale: basti porre mente – senza pretesa di anticipare quanto sarà illustrato nel prosieguo – al problematico inquadramento della natura giuridica delle società *in house providing* e alle conseguenti ricadute in termini di fallibilità delle medesime. I risultati, per tale via, raggiunti non sembrano suscettibili di essere messi in discussione, perlomeno, nei prossimi mesi; ciononostante, non può sottacersi, sin da questa nota introduttiva, la precarietà, per dir così, che li contraddistingue.

Al pari di qualunque atto avente forza di legge, le singole disposizioni contenute nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 potranno essere, infatti, oggetto del sindacato di legittimità costituzionale da parte delle Regioni che riterranno lese le proprie competenze ma, sul punto, la Corte pare introdurre un interessante spazio di flessibilità. Il parametro di costituzionalità, da utilizzarsi a tal uopo, appare del tutto peculiare dacché la predetta violazione delle competenze regionali dovrà essere *effettiva* e dovrà valutarsi *anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul punto, il rinvio non può che effettuarsi al parere del Cons. Stato, comm. spec., 17 gennaio 2017, n. 83 con il quale sono state indicate al Governo le modalità da osservare al fine di attuare la sentenza della Corte costituzionale in

Diversa è la sorte toccata all'altro Testo unico (quello sui servizi pubblici locali di interesse economico generale) approvato, in attuazione della predetta legge delega, dal Consiglio dei ministri, in esame definitivo, il 24 novembre 2016, ma ritirato immediatamente dopo il deposito della sentenza della Corte costituzionale. Si tratta(va) di un ulteriore tassello nella (definitiva) costruzione del composito quadro normativo relativo alla materia dei servizi pubblici locali caratterizzata da preoccupanti margini di incertezza in punto di separazione tra le funzioni di assunzione, di regolazione e di gestione, modalità di affidamento della gestione medesima e, per quanto in questa sede rileva maggiormente, tutela dell'utente. Con questo non si vuole esprimere un giudizio (probabilmente) positivo su tale provvedimento, ma sottolineare la convergenza, raggiunta da parte del Consiglio di Stato, delle commissioni parlamentari e delle parti sociali, su un articolato che, finalmente, dettava norme certe – nel senso di *poste positivamente* – a fronte di scelte, spesso assai disinvolute, della pubblica amministrazione (su tali profili v. *amplius infra*).

Allora, sembrerebbe ultroneo far rilevare come questo sforzo del legislatore (e degli altri soggetti coinvolti) non possa andare totalmente disperso per effetto della sentenza in commento. *Re melius perpensa*, nel corso della trattazione si cercherà di dar conto delle innovazioni che lo schema del Testo unico in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale (nella versione approvata, in sede di esame preliminare, il 20 gennaio 2016) introduceva, ricavandone, eventualmente, degli spunti utili, in chiave sistematica, anche per leggere l'altro provvedimento attualmente vigente che, in quanto frutto di un complessivo disegno di riforma, non pare poterne prescindere. Senza dimenticare che, essendo ormai spirato il termine per l'esercizio della delega (27 novembre 2016), il Governo potrebbe ripartire da quello schema per intervenire – auspicabilmente in tempi rapidi – su tale materia<sup>2</sup>.

Per concludere, l'impressione che ne rimane – con la promessa di sviluppare oltre questo punto – appare quella di un *universo*, quello delle partecipate e dei servizi pubblici locali, destinato, ancora, a subire l'instabilità (pur sempre necessaria nella dialettica democratica) non tanto delle

---

commento. In questa sede, rileva sottolineare la prospettiva - volta a salvaguardare la riforma c.d. Madia nella parte ritenuta costituzionale - dalla quale il supremo consesso amministrativo pare muovere; si legge, infatti, nel richiamato parere che “il «portare a termine» le previsioni della legge n. 124 a seguito della sentenza della Corte assume un'importanza determinante per non far perdere slancio riformatore all'intero disegno: i decreti legislativi interessati dalla sentenza costituiscono, infatti, non soltanto misure di grande rilievo di per sé, ma anche elementi di una riforma complessiva, che risulterebbe meno incisiva se limitata ad alcuni settori” (virgolettato nel parere).

<sup>2</sup> Non a caso, nel parere citato alla nota precedente, il Consiglio di Stato non solo considera *positivamente* un intervento *tempestivo* da parte del Governo, ma soprattutto ritiene che una nuova legge delega conforme ai vincoli procedurali sanciti dalla sentenza della Corte costituzionale non rappresenti l'*unico intervento possibile*, essendo anzi “ipotizzabili anche altre modalità di intervento a livello primario (quale potrebbe essere – ad esempio – un disegno di legge governativo avente, almeno in parte, il contenuto del decreto delegato che andrebbe a sostituire; decreto che oltre tutto, nella versione finale degli schemi poi decaduti, recepiva anche i pareri delle Commissioni parlamentari)”.



scelte (talora coraggiose) del legislatore, ma degli organi, in questo caso la Consulta, preposti a valutarne la compatibilità con la tutela degli interessi degli altri soggetti istituzionali coinvolti, vale a dire gli enti locali. Pensando ad una metafora che possa rappresentare lo spirito del giurista che si accinge allo studio della crisi delle società partecipate dagli enti locali (nell'ottica della salvaguardia dell'organismo produttivo e della tutela dell'utente), l'immagine, che si potrebbe evocare, è quella del tentativo (velleitario) di colpire un bersaglio in rapido movimento attraverso un inseguimento ermeneutico delle continue novità.

Con questa consapevolezza, si entrerà, tra breve, nel vivo delle questioni e si cercherà di offrire soluzioni pur correndo il rischio, oggi più che mai, che le medesime potrebbero, in un futuro non troppo lontano, non essere più conformi al diritto vigente.

# CAPITOLO I

## QUALIFICAZIONE DELLA FATTISPECIE

### PARTE I

#### L'ATTIVITÀ

**SOMMARIO:** PREMessa. - 1. L'INTERVENTO DELLO STATO NELL'ECONOMIA E SULL'ECONOMIA: PROFILI STORICI. - 2. LA PARABOLA DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI. - 3. L'APERTURA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI AL MERCATO: PROFILI CONCORRENZIALI. - 4. IL CONTRATTO DI UTENZA E IL RILIEVO DELLA CONTINUITÀ DEL SERVIZIO. - 5. IL *TRADE OFF* TRA EFFICIENZA ED EQUITÀ E LA CONCORRENZA DEI MODERNI.

#### **Premessa.**

Il fenomeno della partecipazione dei pubblici poteri nell'economia affonda le sue radici in epoche certamente remote e ha risposto, e continua a rispondere, ad esigenze tra le più svariate tanto che, volendone dare una qualificazione, si rischierebbe di tralasciare qualche coloritura di un simile polimorfismo; pertanto, pur offrendo nelle pagine che seguono una panoramica (senza pretesa, per l'appunto, di esaustività), si eviterà di dare un'etichetta alle più recenti iniziative legislative.

Il legislatore del 2016 è, infatti, intervenuto sul fronte della partecipazione dello Stato e degli altri enti in società, mentre delle sorti della disciplina dei servizi pubblici locali, *rectius* dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, si è appena detto.

Naturalmente, occorrerà limitare l'attenzione unicamente a quelle norme che *ratione materiae* interessano il presente studio, pure se pare difficile rifuggire da un tentativo di lettura sistematica, da un lato, dell'intervento sull'eterogeneo *universo* delle partecipazioni pubbliche e, dall'altro, dell'articolato che avrebbe dovuto far spirare un vento nuovo sul "disordine" dei servizi pubblici locali<sup>3</sup>.

Veniamo, dunque, al cuore del problema, cercando di tracciare, in questa premessa, le linee direttrici lungo le quali si muoverà la trattazione del primo capitolo.

Si è detto che l'oggetto è quello relativo alla fallibilità delle società pubbliche affidatarie di un servizio pubblico locale, in particolare, degli strumenti (normativi, s'intende) che, in una tale evenienza, consentano di garantire la continuità del servizio medesimo.

---

<sup>3</sup> L'espressione viene mutuata da una recente raccolta di contributi di vari Autori (PASSALACQUA M. (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015) la quale, tra le prime, tiene conto delle novità contenute nella legge delega 7 agosto 2015, n. 124.

Verrà, nel prosieguo, segnalata la centralità dell'utente il quale vieppiù sta assumendo un ruolo proattivo nei confronti non solo dell'affidatario del servizio (si vedano le innumerevoli disposizioni dello schema di T.u. sui servizi pubblici di interesse economico generale che danno conto di tale apertura alla partecipazione attiva del cittadino/utente), ma, in generale, dell'amministrazione. All'uopo, si cercherà, proprio all'interno della prima parte dell'analisi, di approfondire – in un'ottica, almeno per il momento, non patologica (la patologia si riferisce, evidentemente, al gestore) – la posizione giuridica dell'utente che, come si tenterà di dire, assumerebbe la configurazione di un vero e proprio diritto alla prestazione del servizio secondo qualità ed efficienza (v. *infra*) e quale possa essere il ruolo, in tale ambito, da riconoscersi proprio alla continuità del servizio che almeno, diversamente da altri ordinamenti ai quali pure ci si è ispirati, non pare essere assunta al rango di principio a valore costituzionale.

Per fare questo, evidentemente, occorre occuparsi (in termini generali atteso che chi scrive non possiede una competenza approfondita della materia) proprio dell'evoluzione dei servizi pubblici locali i quali vivono, per dir così, sospesi tra la funzione amministrativa, nel senso della doverosità, e la costante tensione, almeno nell'ultimo secolo, verso la realizzazione di obiettivi di efficientamento<sup>4</sup>.

É di tutta evidenza che questo discorso s'interseca con le alterne vicende, prima sommariamente richiamate, che hanno visto protagonista lo Stato nelle vesti di imprenditore e di ciò pure occorrerà dar conto.

Insomma, si scorge già uno dei nodi gordiani della materia oggetto del presente studio: da un lato, l'iniziativa economica pubblica (i suoi limiti, il suo rapporto con quella privata e le sue finalità), e, dall'altro, la doverosità dell'intervento dello Stato e degli enti locali al fine del soddisfacimento di quelle esigenze o bisogni, costituzionalmente tutelati, che danno vita all'istituzione di un pubblico servizio.

Se si privilegia una simile prospettiva, allora, diventa arduo comprendere se lo Stato e gli enti locali siano realmente “liberi” di iniziare un'attività economica avente per oggetto la gestione di un servizio pubblico.

L'obbligo sembrerebbe, dunque, entrare in rotta di collisione con la libertà, eppure, come nelle pagine che seguono si noterà, sono molteplici i dati normativi che inducono a pensare che, oramai, si debba discorrere a proposito dei servizi pubblici locali di interesse economico generale in termini di mercato, implicando tale nozione, pur nella sua forma più embrionale, la presenza di altri operatori.

---

<sup>4</sup> Ben indagato tale rapporto da BOSCHETTI B., *Enti locali e iniziativa economica*, in *Regioni*, 2007, 765 ss.

A questo punto, però, a complicare la matassa già abbastanza inestricabile soggiunge un altro profilo, ovvero la circostanza che lo Stato, utilizzando la semantica ben nota alla teoria dei giochi, presenterebbe, rispetto agli altri *players*, un vantaggio competitivo: lo Stato detta le regole di quel gioco rappresentato dal mercato concorrenziale, cioè esso è anche regolatore.

Più in generale, se si rileggono i lavori dell'Assemblea Costituente, questi problemi non erano sconosciuti ed anzi occorre partire di lì per comprenderne la reale portata. Ci s'intende riferire, evidentemente, all'art. 41 Cost., che pur "lambito" da numerosi (ma vani) tentativi di riforma<sup>5</sup>, rimane ancora tra le disposizioni fondamentali della nostra *wirtschaftsverfassung* (costituzione economica)<sup>6</sup>.

Non a caso, tale norma è stata al centro di quel dibattito, noto ai giuristi ed agli economisti, relativo al dilemma se il legislatore debba creare il mercato o il mercato preesista ad esso e il diritto si limiti a regolarlo.

Un illustre Autore<sup>7</sup> ritiene, infatti, sulla scorta proprio dell'esperienza costituente e del dato positivo poi partorito da quel dibattito, che il mercato sia "*locus artificialis e non locus naturalis: esso è artificiale, ossia fatto con l'arte del legiferare. Le norme lo conformano e costituiscono: basta cambiare le regole del gioco, e cambieranno il valore delle singole pedine e il significato delle mosse dei giocatori*"<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Sul dibattito relativo alla "nuova" Costituzione economica si rinvia a AMATO G., *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, (a cura di) DELLA CANANEA G., NAPOLITANO G., Bologna, 1998, 12 ss.; CASSESE S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2015. Da ultimo, si veda il d.d.l. costituzionale recante "*modifica degli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione*" presentato formalmente il 9 febbraio 2011 ed attualmente abortito. Per un esame dei contenuti e del dibattito, soprattutto critico, sollevato da tale proposta di riforma si rinvia, tra gli altri, a ANGELINI F., *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in *Rivista AIC*, 2012, 21 ss.

<sup>6</sup> L'espressione "Costituzione economica" è utilizzata nel testo in maniera descrittiva volta ad indicare solo l'insieme delle norme costituzionali concernenti i rapporti economici. Come ricorda NIRO R., *Commento sub art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Padova, 2006, 849, nt. 20, esiste, altresì, un'accezione di costituzione economica secondo la quale essa corrisponderebbe ad un "*complesso normativo in qualche misura autonomo rispetto all'insieme della costituzione, della quale peraltro sarebbe il nocciolo essenziale, il dato realmente infungibile intorno al quale finiscono per ruotare i (viceversa) contingenti contenuti delle disposizioni relative ai rapporti politici e sociali*"

<sup>7</sup> IRTIN., *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Laterza, Roma - Bari, 2009, *passim*, spec. 11.

<sup>8</sup> In tale prospettiva, l'economia di mercato, in quanto *artificiale*, è solo uno dei possibili modelli che non si trova in natura ma, per l'appunto, può venir trovato. Il legislatore costituente, allora, nonostante l'apparente premessa pro mercato (*l'iniziativa economica privata è libera*), tutelerebbe solamente l'*homo oeconomicus* nella dimensione *verticale*, libertà verso lo Stato, ma il modello che si viene a costruire è di tutt'altro segno: *un disegno globale ed unitario delle attività economiche pubbliche e private* che trova il suo referente normativo proprio nel terzo comma dell'articolo in disamina. Inutile dire che in questa prospettiva la concorrenza rimane estranea all'ottica della Costituzione.

Per converso, non v'è chi<sup>9</sup> non veda nella Costituzione un'apertura alla logica di mercato accedendo ad una diversa, ma non necessariamente in contraddizione, prospettiva circa il rapporto tra diritto ed economia. Secondo tale opinione, il modello economico avrebbe come inevitabile presupposto l'osservazione di un sistema (normativo) di scambi già operante, la scelta politica lo riconosce e lo accetta, strutturando il precetto giuridico che lo rende vincolante<sup>10</sup>.

Ora, indugiare oltremodo su tale questione, che pure sarà oggetto di disamina, rischierebbe di portarci molto lontano; è innegabile, per altro verso, che la cassa di risonanza di questo interrogativo sia talmente forte da non poter rimanere sordi ove se ne considerino gli effetti nella materia che occupa. Non appare, difatti, un dato pacifico che i servizi pubblici locali costituiscano o siano idonei a costituire un mercato, anzi, probabilmente, non ha torto chi<sup>11</sup> vede nelle diverse riforme, talora ipertrofiche, che si sono susseguite un tentativo di introdurre il mercato lì dove il mercato non c'è.

All'uopo, grazie agli interventi del legislatore comunitario e della Corte di Giustizia, il legislatore nazionale ha fatto proprie alcune espressioni che ormai appartengono al linguaggio corrente in questa materia: la concorrenza per il mercato e la concorrenza nel mercato.

In altri termini, proprio nella detta prospettiva di rendere competitivo il mercato dei servizi pubblici locali si è optato per l'esperimento della procedura competitiva (la gara) per la scelta del contraente che sia in grado di gestire in modo efficiente ed economico il servizio medesimo (concorrenza per il mercato).

---

<sup>9</sup> LIBONATI B., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1540 ss. *Contra* la tesi sostenuta da IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., si veda, altresì, ROSSI G., *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1443 ss. Più in generale, con riguardo al dibattito scaturito dalla pubblicazione dell'opera irtiana si rinvia a AA. VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma - Bari, 1999.

<sup>10</sup> Pare possibile constatare, sempre seguendo tale prospettiva, che già prima della Costituzione esisteva il mercato, ossia un luogo nel quale si prevedono e regolano scambi diversi fra operatori diversi e numerosi in competizione tra loro nell'offrire beni o servizi, e un'economia di mercato, vale a dire un sistema che consente libertà di accesso alla competizione dinamica. In merito, proprio il diritto commerciale offrirebbe un importante argomento: il passaggio dal codice di commercio, incentrato sull'atto di commercio, al codice civile, che regola l'attività d'impresa. In altri termini, viene consentita - sulla scorta, evidentemente, dell'osservazione del reale - l'applicazione delle leggi commerciali a chiunque compie un atto di commercio e non a chi sia componente della categoria dei mercanti, riconoscendo, per dirla con un linguaggio pro-concorrenziale, la libertà di accesso al mercato. In termini analoghi, ancor prima, cfr. ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, III ed., Milano, 1960, 13 ss.

<sup>11</sup> Da ultimo si veda l'interessante contributo di MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012, *passim*, spec. 109 - 110, il quale, richiamando alcune posizioni dottrinali, battezza per lo Stato il ruolo di "garante" nel senso che avrebbe il compito di garantire la concorrenza, specificando poco oltre che "la regolazione, determinando una concorrenza che non c'è, può sempre essere connessa a quell'impropria traduzione che va sotto il nome di fallimento del mercato. Ma il punto è che compito della regolazione è «simulare», determinare giuridicamente la concorrenza, non imporre una disciplina amministrativa dell'economia" (virgolettato dell'A.).

Ove, al contrario, si tratti di aprire un mercato o consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza nel mercato), lo Stato o l'ente non potrà che rivestire le stesse forme dei privati con il conseguente fallimento, ove ne ricorrano i presupposti<sup>12</sup>.

Pertanto, seguendo questo schema, nella presente trattazione, si procederà, in primo luogo, alla verifica dell'apertura dei servizi pubblici locali al mercato e alla concorrenza (evidenziandone anche i riflessi sul contratto di utenza) e, successivamente, all'esame delle modalità di gestione, quindi dei soggetti, affidatari del servizio pubblico.

## **1. L'intervento dello Stato nell'economia e sull'economia: profili storici.**

Come detto, sebbene non appaia agevole compendiare in poche battute le diverse sfaccettature che hanno caratterizzato l'intervento dello Stato nelle cose economiche, si ritiene, in ogni caso, che un'indagine storica<sup>13</sup> dello stesso non possa che giovare all'analisi della linea di sviluppo che ha condotto all'attuale assetto della disciplina dei servizi pubblici locali.

Quello dei servizi pubblici costituisce un terreno d'elezione di siffatto intervento – e su di esso deve, partitamente, concentrarsi l'attenzione –, ma d'altro canto esso non può considerarsi separatamente dalle alterne vicende che hanno visto protagonista lo Stato imprenditore sin da epoche remote<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> La distinzione tra *concorrenza nel mercato* e *concorrenza per il mercato* è ben nota alla Corte costituzionale, la quale, p.e., vi ha fatto ricorso nella pronuncia 17 novembre 2010, n. 325, *infra* esaminata.

<sup>13</sup> Molto ampia, in argomento, la bibliografia. Tra gli altri, è possibile citare: GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss. e ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977; CARACCILO A., *Stato e società civile. Problemi dell'unificazione italiana*, Einaudi, Torino, 1971; CASSESE S., *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in AA.VV., *Le imprese a partecipazione statale*, Jovene, Napoli, 1972, 3 ss.; CIANCI E., *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Mursia, Milano, 1977; AMOROSO B., OLSEN O. J., *Lo stato imprenditore*, Laterza, Roma-Bari, 1978; COTTINO G. (a cura di), *Ricerca sulle partecipazioni statali*, Einaudi, Torino, 1978; MINERVINI G., *Società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 1982, 181 ss.; IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, 465 ss. Con riguardo al periodo fascista si segnala, inoltre, LA FRANCESCA S., *La politica economica del fascismo*, Laterza, Bari - Roma, 1972; AMENDOLA G., *Fascismo e movimento operaio*, Editori Riuniti, Roma, 1975; CIOCCA P., TONIOLO G. (a cura di), *L'economia italiana nel periodo fascista*, Il Mulino, Bologna, 1976; DE FELICE R., *Mussolini il duce, I, gli anni del consenso*, Einaudi, Torino, 2007.

<sup>14</sup> Secondo una buona parte della dottrina (*ex multis* v. CASSESE S., voce "Azionariato di Stato", in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 774 ss. e FIMMANÒ F., *Società a partecipazione pubblica e crisi d'impresa*, intervento alle giornate di studio della Scuola Superiore della Magistratura e del Consiglio di Stato, Roma, 6 - 7 maggio 2015), è possibile rinvenire un "prototipo" di intervento pubblico nell'economia nelle compagnie coloniali. Com'è noto, con il provvedimento dell'autorità veniva attribuito il privilegio dello sfruttamento delle ricchezze di alcune isole che si trovavano nell'Oceano Indiano (le Indie Olandesi); a tale privilegio, tuttavia, corrispondeva l'obbligo da parte della Compagnia di riconoscere al sovrano (che aveva concesso il privilegio) una parte degli utili. Per una ricostruzione più

Va osservato, innanzitutto, che nel periodo successivo all'unificazione i pubblici poteri mantennero, in continuità con la temperie culturale dell'epoca<sup>15</sup>, una posizione sostanzialmente neutrale; ma, ben presto, il disegno borghese di una società tutta privata, solo "vegliata"<sup>16</sup> dallo Stato, svanì. Infatti, dal seno della stessa borghesia nasceva un'opposta spinta tesa all'accrescimento delle funzioni statali, giustificata, segnatamente, dalla necessità di dotare il neonato Regno d'Italia delle infrastrutture (ferrovie, ponti, arsenali) essenziali per i collegamenti, ma soprattutto per il sistema produttivo<sup>17</sup>.

Invero, fu proprio la rete ferroviaria a subire, nonostante un'iniziale e generalizzata concessione ai privati, la prima transizione in mano pubblica con la costituzione dell'Amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato (L. n. 137/1905, mentre alla L. n. 429/1907 fu affidata la disciplina dell'ordinamento e dell'erogazione del servizio). In quel torno di tempo, vennero costituite, inoltre, l'amministrazione dei telefoni dello Stato (1907) presso il Ministero delle Poste e l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni (L. n. 40/1912) al quale venne poi attribuito il monopolio delle assicurazioni sulla vita.

Cominciava, per tal via, a palesarsi l'esigenza di sceverare la normale attività burocratica da quella, per l'appunto, di produzione di beni e di servizi. Non si trattava, infatti, di emettere provvedimenti, ma organizzare la produzione di beni materiali; occorre, quindi, una struttura

---

ampia del fenomeno delle compagnie coloniali si rinvia a GALGANO F., *Lex mercatoria*, Il mulino, Bologna, 2010, 82 ss., e BUTTARO L., *Corso di diritto commerciale I. Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, (a cura di) CASTELLANO M. - VESSIA F., Torino, 2015, 30 ss.

<sup>15</sup> Com'è noto, HOBSBAWM E. J., *Il secolo breve, 1914-1991*, BUR, Milano, 2014, ne "Il secolo: uno sguardo a volo di uccello" ritiene che il XIX secolo si connoti per essere capitalistico nell'economia, liberale nella "struttura istituzionale e giuridica" e borghese "nell'immagine caratteristica della classe che deteneva l'egemonia sociale".

<sup>16</sup> Si fa risalire a LASSALLE F. l'immagine dello Stato che doveva solo vegliare, quale "guardiano notturno", sulle libertà economiche dei borghesi.

<sup>17</sup> Così CARACCILO A., *Stato e società civile: problemi dell'unificazione*, cit., 81: "sappiamo come le vie ferrate, attraverso la vicenda di concessioni, appalti, privilegi, restassero durante diversi decenni uno dei luoghi dove più facili erano i redditi dei capitalisti, più facile il formarsi di grandiose fortune. Sicché proprio qui la borghesia italiana veniva formandosi una mentalità "statalistica", tutta cioè protesa ad aspettare dagli indirizzi e aiuti di governo le condizioni per il successo dei propri affari". Sul versante giuridico, il passaggio viene felicemente sottolineato da DI CHIO G., *L'impresa a partecipazione statale: un modo di essere delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1976, 927 ss., il quale ricorda come l'art. 7 del codice di commercio del 1882 stabilisse che "Lo stato, le province e i comuni non possono acquistare la qualità di commercianti, ma possono fare atti di commercio, e per questo rimangono soggetti alle leggi e agli usi commerciali"; ciò implicava, secondo l'A. (p. 931), che "lo Stato nel momento in cui compie atti di commercio resta vincolato alle leggi e agli usi commerciali; deve far dipendere la sua azione da una legge che non opera per soddisfare e regolamentare interessi generali, ma opera esclusivamente per rendere concreti interessi ed aspirazioni della nascente borghesia imprenditoriale - capitalistica che si riconosce nella legge commerciale del 1882" (corsivo dell'A.).

organizzativa e requisiti tecnici differenti da quelli richiesti per l'esercizio dell'amministrazione burocratica<sup>18</sup>.

Dunque, accanto al modello c.d. burocratico, ove l'attività svolta altro non è che un'articolazione di un apparato amministrativo, dal quale non si differenzia se non per aspetti gestionali, la dottrina<sup>19</sup> ha, all'uopo, elaborato il modello dell'impresa-organo e quello dell'impresa-ente pubblico.

Quest'ultimo, modellato sulla corrispondente impresa privata (pur non avendo, però, struttura propriamente societaria), può venir dotato di un proprio patrimonio ed assoggettato a un sistema di contabilità e ad un controllo che sia conforme al tipo di attività da svolgere. In altri termini, ogni ente economico può configurarsi in un modo particolare che permette di sottoporlo al tipo di regolamentazione che si ritiene sia volta a volta più rispondente alle peculiarità dell'attività da svolgere<sup>20</sup>.

Ancor più ampia è l'autonomia riconosciuta all'impresa-organo (denominata, a livello locale "azienda speciale", mentre se costituita dallo Stato "amministrazione autonoma"): essa possiede

---

<sup>18</sup> Più in generale, sulla problematica cfr. GUARINO G., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, 78 ss.

<sup>19</sup> La distinzione proposta nel testo è stata proposta da GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 234 ss. e ID., *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 141 ss., al quale si rinvia per una più compiuta analisi di siffatti modelli corredata da un'ampia esemplificazione degli stessi. Si veda, inoltre, OTTAVIANO V., voce "Impresa pubblica", in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 674 ss. e, più di recente, NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.

<sup>20</sup> Nonostante l'autonomia comunque riconosciuta a tale organismo, deve sussistere un collegamento che assicuri il perseguimento, da parte dell'ente, delle finalità pubbliche per cui lo si istituisce. Rileva, infatti, GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 263, che "appare subito che vi è una grande differenza rispetto all'impresa-organo (di cui *infra*, *nda*). Per questa il ministro provvede mediante ordini interni, se l'impresa è in gestione diretta, mediante direttiva vincolante se è azienda autonoma; per l'impresa ente pubblico invece esso ha poteri meno autoritativi: la responsabilità tecnica dell'ente è pur sempre del presidente e del consiglio di amministrazione. Onde, in pratica, l'indirizzo politico economico dell'impresa si è avviato su una forma di diarchia: Ministro-organi dirigenti, ma imperfetto, perché in caso di contrasto prevale la volontà del Ministro, onde i dirigenti dell'impresa o si piegano o si dimettono. In questo caso restano stimolati i controlli politici del Parlamento, che sempre, peraltro, sono operanti". All'epoca, un esempio fu costituito proprio dal già citato Istituto Nazionale delle Assicurazioni (I.N.A.).

Cfr., in argomento, OTTAVIANO V., voce "Ente pubblico economico", in *Dig., Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 85 ss.; ID., voce "Ente pubblico", in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 963 ss. Più di recente, si veda, altresì, GOISIS F., voce "Ente pubblico", in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 411 ss.

Resta fermo che, per il codice civile, agli "enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale" (art. 2201 c.c.) si applica, esclusa la soggezione al fallimento (art. 2221 c.c. e art. 1 l. fall.), lo "statuto" dell'imprenditore commerciale.



propri organi e proprio personale, proprie entrate, proprio patrimonio e proprio bilancio, ma, in ogni caso, permane il legame con l'amministrazione di riferimento, nazionale o locale<sup>21</sup>.

Più nel dettaglio, conviene rinviare, attesa la sua rilevanza nella materia che occupa, l'analisi di tale ultimo modello al paragrafo successivo; sin d'ora, però, è possibile affermare che esso rappresentò il modulo organizzativo privilegiato allorché si optò per la municipalizzazione dei servizi pubblici locali.

L'intervento pubblico, proprio in quegli anni, venne realizzandosi, altresì, secondo schemi differenti. Si consolidava, anche se potrebbe apparir singolare, negli economisti di fede liberista<sup>22</sup> la convinzione che lo Stato potesse realizzare i più svariati obiettivi (ragioni politico-sociali, sviluppo delle fonti di energia, difesa delle industrie nazionali) per il tramite dell'acquisto di partecipazioni azionarie all'interno di società.

Fu così che i pubblici poteri, benché in maniera disorganica ed anzi addirittura episodica<sup>23</sup>, cominciarono, a partire dagli anni Venti del XX secolo, ad associarsi tra di loro e con privati per esercitare, mediante società, imprese industriali o commerciali di interesse generale.

Sul piano della formula organizzativa prescelta, non abbisogna di particolari sviluppi l'evidente effetto in punto di regime giuridico applicabile – sia con riguardo agli esterni rapporti di impresa, sia a quelli interni di organizzazione dell'ente – alla società a partecipazione statale.

Infatti, non si dubitò<sup>24</sup>, già prima del codice civile del 1942, dell'assoggettamento delle medesime alla disciplina comune. Tale opzione venne, per l'appunto, confermata dagli artt. 2458-

---

<sup>21</sup> Si rinvia a TREVES G., voce "Azienda (dir. pubbl.)", in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, per una analitica descrizione del modello organizzativo in commento.

<sup>22</sup> CIANCI E., *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, cit., 9 ss. annovera tra gli economisti propugnatori dello Stato azionista: PANTALEONI M., il quale pubblicò sul *Giornale d'Italia* del 15 giugno 1915 un articolo intitolato "Lo Stato azionista"; EINAUDI L., che scrisse, pervenendo a conclusioni non dissimili dal primo, un articolo intitolato "L'industria degli armamenti" ne *L'Unità* del 22 dicembre 1916, e JANNACCONE P., il quale pubblicò una relazione su "La grande industria siderurgica in Italia" ne *La Riforma sociale* del giugno 1917.

<sup>23</sup> Il giudizio è di MINERVINI G., *Società a partecipazione pubblica*, cit., 181. L'A. ricorda come all'acquisto per fini politico-strategici della maggioranza del capitale della "Sudbahn", società proprietaria della rete ferroviaria che collegava la parte nord-orientale dell'Italia con i Paesi confinanti, seguì nel 1923 la partecipazione del Ministero delle Finanze alla costituzione dell' "Ansaldo-Cogne" per la salvaguardia della "purezza" dei giacimenti minerali di Cogne; nello stesso anno venne acquisita la maggioranza del capitale della "Romsa", società esercente una raffineria di olii minerali a Fiume, città all'epoca contesa tra l'Italia e la Jugoslavia ed infine si perseguirono interessi di "protezione" dal controllo straniero con l'acquisto di un importante pacchetto azionario delle "Cartiere Miliani". Si rinvia pure a CASSESE S., voce "Azionariato di Stato", cit., § 3, per un dettagliato esame delle vicende storiche, nazionali ed europee, dell'azionariato dei pubblici poteri.

<sup>24</sup> Cfr. RAVÀ R., *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 346; GRAZIANI A., *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, in *Riv. inter. scienze econ. comm.*, 1956, 410-411; CASSESE S., voce "Azionariato di Stato", cit., § 4.

2460 c.c., i quali contemplavano un'unica deroga rispetto *“alla legge della società per azioni”*<sup>25</sup>, vale a dire la possibilità, a favore dello Stato o degli enti pubblici, della nomina extrassembleare di amministratori e sindaci (senza indicare, però, alcun limite quantitativo), lasciando per il resto inalterata l'applicazione della disciplina di diritto comune.

Certamente, la partecipazione azionaria dell'apparato statale – almeno in questa prima fase di affermazione dello Stato azionista –, oltre a quelle ragioni contingenti di cui dianzi si è dato conto, era “funzionalmente” diretta o alla mera detenzione di azioni a fine di lucro o come strumento per porre in essere fatti ostativi al verificarsi di determinati processi economici oppure ancora con funzione propulsiva, ossia di finanziamento di imprese private ovvero di “salvataggio” di interi settori o rami economici<sup>26</sup>.

Benché non possa sfuggire la continuità con la più recente evoluzione dello Stato azionista, prima di procedere all'analisi di quest'ultima, è necessario dar conto di ulteriori estrinsecazioni, per dir così, morfologiche dello Stato imprenditore.

S'intende far riferimento all'Istituto per la ricostruzione industriale che, nato inizialmente come un “convalescenziario” destinato ad ospitare le imprese e le banche uscite malconce dalla grande crisi del 1929, ha accompagnato la storia economica italiana fino ai nostri giorni. Pur non rilevando, in questa sede, addentrarsi nel dibattito che ha interessato gli storici circa la riconducibilità dell'ente alla politica economica del Fascismo<sup>27</sup>, occorre, comunque, osservare che così si veniva realizzando la forma più pervasiva di intervento pubblico nell'economia che il Paese abbia mai conosciuto<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> L'espressione è tratta dal celeberrimo paragrafo n. 998 della Relazione al codice civile che conviene qui richiamare per intero: *“la disciplina comune della società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente. In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici”*. Ma, già ASCARELLI T., *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 285 - 286, rilevava che *“l'anonima di Stato rimane fundamentalmente una anonima soggetta a tutte le norme che nel nostro diritto commerciale disciplinano le società anonime ... i suoi amministratori o sindaci, quando anche eletti con i voti dello Stato azionista, sono degli amministratori di società commerciali, soggetti alla disciplina e alla responsabilità di queste”*.

<sup>26</sup> Tali funzioni dell'azionariato pubblico vengono puntualmente individuate da CASSESE S., voce *“Azionariato di Stato”*, *cit.*, §§ 8-9, ed ivi si rinvia per un'esemplificazione delle medesime.

<sup>27</sup> Sul punto, si rinvia per una sintesi delle diverse posizioni a CIANCI E., *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, *cit.*, 252.

<sup>28</sup> Quando l'Iri venne trasformato in ente permanente (R.d.l. n. 905/1937), nella forma dell'ente pubblico economico, la Sezione smobilizzi industriali (la Sezione finanziamenti industriali, l'altra sezione in cui venne suddiviso l'IRI all'atto della sua istituzione con il R.d.l. n. 5/1933, doveva fornire assistenza finanziaria alle piccole e medie imprese, ma essa svolse una modesta attività tanto da venir soppressa nel 1936) si trovava a capo di ben tre società finanziarie capogruppo di settore - la Stet per il settore delle telecomunicazioni (1933), la Finmare per le linee di navigazione (1936) e la Finsider per le industrie siderurgiche (1937) - tali da rendere lo Stato italiano titolare di una parte dell'industria proporzionalmente più ampia di ogni Stato europeo, ad eccezione dell'Unione sovietica. In termini

Un siffatto intervento della mano pubblica nelle cose economiche – *sub specie*, dunque, di Stato imprenditore e Stato azionista – ebbe sicuramente delle ripercussioni sul dibattito e sul risultato definitivo al quale pervennero i lavori dell'Assemblea Costituente<sup>29</sup>.

Si è già detto (v. *supra*) del più generale e complesso rapporto tra diritto e mercato, occorre, ora, cercare di fornire, alla luce del dibattito scaturito intorno a quelle norme della Costituzione economica, una risposta: a) all'interrogativo relativo al modello economico al quale il Costituente si è ispirato; b) correlativamente, stabilire se si possa propendere per la tesi in forza della quale la Costituzione, nella norma *de qua*, consenta di tutelare la concorrenza e, in tale contesto, quale sia il rapporto tra l'attività economica privata e quella pubblica.

Certamente, con riguardo al primo quesito, una risposta univoca non potrebbe che rivelarsi menzognera: dal predetto esame dei lavori dell'Assemblea Costituente<sup>30</sup> non emerge, sebbene non si ignorasse, ovviamente, la problematica<sup>31</sup>, la preferenza né per il modello dell'economia di mercato né per quello dirigistico neppure, probabilmente, per un'economia mista *tout court*<sup>32</sup>.

---

analoghi, cfr. GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 271 ss. Giova ricordare che nel 1948 venne costituita, altresì, la finanziaria per il settore meccanico, la Finmeccanica.

<sup>29</sup> Per un approfondito esame dei lavori dell'Assemblea Costituente cfr. DI MAJO A., *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica e sociale*, in ROMAGNOLI V., OTTAVIANO V., AMATO G., GALGANO F. (a cura di), *La costituzione economica, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, vol. I, 1977, 333 ss.; GIANNITI L., *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; AMATO G., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Il Mulino, Bologna, 2014, 298 ss.

<sup>30</sup> Pur consapevoli dei rischi connessi all'utilizzo dell'argomento *psicologico* o anche detto del *ricorso alla volontà del legislatore concreto* (sul punto il rinvio non può che farsi a TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civile e commerciale*, già diretto da CICU A. e MESSINEO F., continuato da MENGONI L., vol. I, Milano, 1980, 364 ss.), è opportuno, in ogni caso, rifarsi allo studio dei lavori preparatori il quale pare, comunque, rappresentare un imprescindibile strumento ermeneutico al fine della ricostruzione delle strutture portanti, almeno con riguardo ai rapporti economici, dell'ordinamento costituzionale.

<sup>31</sup> A titolo di esempio possono citarsi le parole di BASSO L., seduta del 6 marzo 1947, "*noi non abbiamo mai pensato che si potesse portare a questa Assemblea una Costituzione socialista ... e questo proprio perché noi siamo socialisti e, come tali, abbiamo vivo il senso della storia*".

<sup>32</sup> Sul modello di economia mista delineato dalla Costituzione cfr. GALGANO F., *Articolo 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna - Roma, Zanichelli - Foro it., 1982, 1 ss.; LIBERTINI M., *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, 469 ss.; LUCIANI M., voce "*Economia nel diritto costituzionale*", in *Dig., Disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1991, 376 ss.; DONATIVI V., *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 340; parla di "*classico sentimento misto*" AMATO G., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, cit., 297. In senso critico, si veda BUCCI C., voce "*Economia (intervento pubblico nell')*", in *Dig., Disc. pubbl.*, vol. V., Torino, 1990, 373 ss.

Addirittura, come ha opinato IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 16-18 e 22-24, il tenore letterale del comma terzo sembrerebbe far propendere per lo schema dirigistico tanto che si verrebbe a profilare una contraddizione con il processo di integrazione comunitaria, poi realizzatosi, postulandosi la necessità di una riscrittura delle norme costituzionali.

Il dato interessante, d'altra parte rilevato<sup>33</sup>, consiste in ciò che proprio l'evoluzione successiva dell'economia nazionale (si pensi a quanto sarebbe accaduto a partire dagli anni '80) conferma l'apertura della Costituzione, per il tramite dell'art. 41, a modelli cangianti a seconda, per l'appunto, delle vicende a venire.

Ciò, peraltro, non significa, venendo, per tale via, a sciogliere il quesito *sub b)*, che il Costituente si sia disinteressato dell'ordine giuridico del mercato e, dunque, del ruolo dei pubblici poteri rispetto ad esso.

Dai lavori dell'Assemblea, infatti, emerge, da un lato, la prospettiva di un netto rifiuto di uno Stato totalmente estraneo alle dinamiche di quest'ultimo e neutrale nei confronti dell'economia e, dall'altro, il tentativo di delineare degli strumenti capaci di consentire al Legislatore di prevenire ed evitare la formazione dei monopoli e ad intervenire, in una certa misura, sulla regolazione dell'attività economica<sup>34</sup>.

In altre parole, pur rinviando alle pagine che seguono per una più compiuta definizione del termine concorrenza, non pare potersi condividere la tesi che ritiene non individuabile nel dettato costituzionale il fondamento della concorrenza<sup>35</sup>.

Indubbiamente, saranno necessari lustri per giungere all'attuale assetto in materia *antitrust*<sup>36</sup> e all'espresso riconoscimento in sede costituzionale della "tutela della concorrenza"<sup>37</sup>, ma non si può disconoscere il ruolo svolto dall'art. 41 Cost. nel fornire una copertura costituzionale alla stessa: l'ordinamento (co. 1) riconosce e garantisce in capo a tutti i soggetti la "*libertà di iniziativa economica*" (concorrenza in senso soggettivo), vale a dire l'uguale possibilità di attivarsi materialmente e giuridicamente nello stesso settore e, con ciò, la possibilità di confrontarsi vicendevolmente, sottoponendo al giudizio del mercato, la valutazione, e il conseguente successo, delle reciproche iniziative<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 2-3.

<sup>34</sup> Per una breve rassegna delle diverse "anime" del dibattito svoltosi in Assemblea Costituente con riferimento a tale problematica si rinvia a GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 475, e SAITTO F., *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della costituzione italiana*, in *Ianus*, 2011, 32 ss.

<sup>35</sup> IRTIN., *L'ordine giuridico del mercato*, *op. loc. ult. cit.*

<sup>36</sup> È ben noto che la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*", all'art. 1 espressamente enuncia che le disposizioni contenute in quella legge sono state adottate "*in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica ...*".

<sup>37</sup> *Sub art.* 117, co.2, lett. e), Cost. come sostituito dall'art. 3 della L.cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>38</sup> Così PACE A., *La Corte disconosce il valore costituzionale della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2965 ss., spec. 2968.

Alla tutela della concorrenza, intesa questa volta come bene giuridico, provvede, invece, il comma secondo garantendo il contemperamento con l' "utilità sociale, la sicurezza, la libertà, la dignità umana"<sup>39</sup>.

In definitiva, il principio di libera concorrenza tutelerebbe l'uguale libertà di iniziativa economica, per un medesimo settore di attività, di ciascuno e, al tempo stesso, tenderebbe al perseguimento della prosperità collettiva<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> La distinzione tra "concorrenza soggettiva" e "concorrenza oggettiva" è ben nota alla dottrina più risalente (FERRI G., voce "Concorrenza", in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 532) e più di recente è stata ripresa, tra gli altri, da LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.

Quanto al dibattito sulla costituzionalizzazione del principio di libera concorrenza si deve necessariamente rinviare a GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, cit.*, 492 ss. In particolare, l'interpretazione, accolta nel testo, che propone di ricondurre il fondamento costituzionale del principio di concorrenza nell'ambito dei primi due commi dell'art. 41 Cost. (alla quale aderiscono, tra gli altri, GENTILI A., *L'iniziativa economica privata*, in GENGHINI M., GENTILI A., TAMPONI M. (a cura di), *I rapporti economici nella Costituzione*, vol. III, Milano, 1989, 17; PACE A., *La Corte disconosce il valore costituzionale della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2967; GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, cit.*; LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1430; in una diversa prospettiva ma comunque nel senso che il principio del comma 1 dell'art. 41 si valuti come "fattore integrante della costituzione economica del Paese" e "faccia corpo con il secondo" cfr. POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi, Rist. anastatica*, Padova, 2014, 134 -135) non appare la sola possibile. Infatti, altra parte della dottrina (oltre al già citato IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, cfr. OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 328 - 329; CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 747 ss., spec. 758; pur se non esplicitamente, BALDASSARRE A., voce "Iniziativa economica privata", in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 602, nt. 59, il quale ritiene che "i valori inerenti la libertà di concorrenza siano garantiti dalla Costituzione in via puramente indiretta, ossia per il tramite della tutela dell'individuo nei confronti delle formazioni monopolistiche ovvero della garanzia dei presupposti permissivi della libertà di iniziativa privata") nega che dall'art. 41 Cost. possa ricavarsi un principio di tutela della concorrenza in quanto essa si presenterebbe come una intrinseca limitazione alla libertà di iniziativa economica. Infine, un A. (PICCIOLI C., *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 29 ss., spec. 35) ritiene di individuare nel secondo comma dell'art. 41 Cost., segnatamente nel valore dell' "utilità sociale", il fondamento della legge *antitrust*.

Non pare, inoltre, potersi ricavare dalla giurisprudenza costituzionale anteriore ai primi anni '90 - invero limitata - alcun decisivo argomento a sostegno di alcuna delle tesi sopra esposte. Infatti, Corte Cost. 16 dicembre 1982, n. 223, in *Foro it.*, 1983, 12, si è così pronunciata "la libertà di concorrenza tra imprese ha una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi". Invece, di diverso segno, avvicinandosi maggiormente alle posizioni di quell'orientamento che identifica la tutela della concorrenza esclusivamente nel comma 2, è Corte Cost. 9 dicembre 1991, n. 439, in *Giust. civ.*, I, 300 ss., con nota di CINELLI M., nella quale si considerano la "permanenza delle imprese in un mercato libero" e "il mantenimento delle regole di libera concorrenza" come valori idonei a garantire l'efficienza, la produttività e la competitività delle imprese, che vanno fatti rientrare tra quei "fini di utilità sociale ai quali deve essere finalizzata l'attività imprenditoriale".

<sup>40</sup> In senso conforme, MINERVINI G., *Concorrenza e consorzi*, II ed., in GROSSO G. e SANTORO - PASSARELLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Vallardi, Milano, 1965, 7.

S'inizia a profilare, così, un diverso ruolo dei pubblici poteri: l'intervento pubblico si estrinsecerebbe nel controllo, coordinamento, incoraggiamento delle iniziative economiche pubbliche e private, insomma nell'intervento dello Stato sull'economia; ma, allo stesso tempo, non si disconosce, per l'appunto, l'intervento dello Stato nell'economia<sup>41</sup>.

Sembrerebbe, infatti, superata l'impostazione fascista<sup>42</sup> del primato dell'iniziativa economica privata sull'iniziativa economica pubblica attraverso il riconoscimento di una pari dignità dell'“attività economica pubblica e privata” (arg. ex art. 41, co. 3, Cost.). Ciò rivelerebbe l'implicito principio per il quale l'iniziativa economica potrebbe, senza alcuna predeterminazione delle rispettive sfere d'azione, essere assunta tanto da privati quanto da pubblici operatori<sup>43</sup>.

Corollario di siffatte considerazioni sarebbe il seguente: se, come appare, la Costituzione repubblicana tutela la concorrenza (nel significato poc'anzi descritto), allora anche i pubblici poteri quando intervengono nell'economia dovrebbero rispettare i criteri imprenditoriali di condotta, pena il rischio di mortificare la libertà di iniziativa economica privata.

Sul punto, però, occorre intendersi. Parlare indistintamente di “libertà” dell'iniziativa economica pubblica non pare particolarmente condivisibile<sup>44</sup>. Infatti, occorrerebbe chiarire se tale “libertà” riguardi il “mezzo” o il “fine”. Certamente, non può non ritenersi che lo Stato o gli altri enti, qualora optino per l'ingresso nel mercato, debbano darsi quelle medesime forme (di svolgimento e di azione) che si dà l'iniziativa privata<sup>45</sup>. In tal senso, parrebbe quasi necessitata la scelta di imporre agli operatori economici pubblici “criteri di economicità”<sup>46</sup> (*amplius* vedi *infra*).

---

<sup>41</sup> In tal senso, cfr. CIRENEI M. T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in COLOMBO G.E., PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, 14 - 15.

<sup>42</sup> GALGANO F., *Articolo 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, cit., 16, e ID., *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2014, 645, evidenzia il superamento dello squilibrato rapporto tra iniziativa economica privata e pubblica sancito nella Carta del lavoro (Dichiarazione n. IX) che così stabiliva: “l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta”. Va, d'altro canto, osservato che l'art. 2595 c.c. - benché, secondo POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, 16, tale norma sia da considerare ormai con valenza storica - pare confermare, in combinato disposto con l'art. 2085 c.c., il ruolo dirigitico dello Stato corporativo.

<sup>43</sup> Così GALGANO F., *Articolo 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, cit., 13. L'A. sembra recuperare tale opinione da CASANOVA M., *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia: impresa pubblica e impresa privata*, in *Riv. soc.*, 1967, 754; *contra* PACE A., *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327 ss., spec. 331-332.

<sup>44</sup> Appare non distinguere i due profili GALGANO F., *Articolo 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, cit., *passim*, e ID., *Trattato di diritto civile*, cit., 644 ss.

<sup>45</sup> Cfr. DI MAJO A., *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica e sociale*, cit., 356 - 357.

<sup>46</sup> Coerentemente, l'art. 3 della legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali (L. 22 dicembre 1956, n. 1589) impone agli enti di gestione di agire con “criteri di economicità”. Sul significato da attribuire a tale formula si veda DI

Quanto ai “fini”, il discorso implica, con tutta evidenza, il riferimento al comma terzo: si potrebbe ritenere che la stessa norma assegni al soggetto pubblico una funzione, la quale sia strutturalmente destinata a soddisfare “fini sociali”, in una prospettiva di garanzia di non pregiudizio dei privati<sup>47</sup>; diversamente, la circostanza che tale norma preveda l’intervento del legislatore per indirizzare e coordinare a fini sociali anche l’attività economica pubblica potrebbe essere interpretata nel senso che l’iniziativa economica pubblica non si ponga, necessariamente e originariamente, in funzione dell’interesse collettivo, ma residuino spazi di libertà dell’iniziativa medesima<sup>48</sup>.

Un siffatto interrogativo - la cui soluzione riverbera, com’è agevole intuire, i suoi effetti anche sulla materia dei servizi pubblici locali - necessita del riferimento alla più recente evoluzione

---

CHIO G., *L’impresa a partecipazione statale: un modo di essere delle società per azioni*, cit., 952 ss., il quale dopo aver individuato almeno tre indirizzi esegetici (uno “commerciale” che giudica impossibile una differenziazione tra impresa pubblica e impresa privata; un altro che reputa - riconoscendo all’impresa pubblica una funzione specifica all’interno del sistema economico complessivo - necessario, per l’effetto, predisporre canoni di gestione per la medesima in modo che vengano attuate delle scelte valide da un punto di vista politico-economico generale, oltre che efficaci sotto il profilo economico-aziendale ed un ultimo che considera il criterio di economicità avente carattere essenzialmente politico subordinando così le esigenze dell’impresa ad obiettivi puramente sociali) in punto di interpretazione di tale formula, perviene alla seguente e, per quanto si dirà *infra*, condivisibile conclusione: “*criterio di economicità equivale a criterio di massimizzazione dei profitti. Un’altra soluzione, un’altra spiegazione del fenomeno, sarebbe in aperta contraddizione con la logica e con la natura scelta dallo Stato-imprenditore per intervenire nelle attività economiche, poiché è nella natura e nella logica della società per azioni perseguire obiettivi di massimizzazione del profitto. Questa sua esigenza si pone quale caratteristica di struttura, motivo originario della sua formazione e del suo sviluppo*”. L’A., in ogni caso, interpreta il pensiero di GALGANO F., *Articolo 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, cit., nt. 5, 17.

Più in generale, con la legge appena citata si perseguirono almeno due finalità: a) quella di emancipare le società appartenenti all’I.R.I. dalla Confindustria svincolandole, dunque, dalle politiche di gestione di quest’ultima (cfr. BUTTARO L., *Corso di diritto commerciale I. Premesse storiche e disciplina dell’impresa*, cit., 63); b) quello di dare un “*inquadramento organico ad una realtà multiforme*” (così MINERVINI G., *Società a partecipazione pubblica*, cit., 183, al quale si rinvia, altresì, per una descrizione della “*piramide*” in cui venivano ad organizzarsi le partecipazioni dirette ed indirette dello Stato; per ulteriori approfondimenti si rinvia, altresì, a BACHELET V., *L’istituzione del Ministero delle partecipazioni statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 195 ss.). Va sottolineato, infine, che il Ministero delle partecipazioni statali è stato soppresso nel 1993 quando con una consultazione referendaria venne abrogata, con il 90,3% dei consensi, la legge n. 1589/1956.

Si pensi, ancora, che con la legge 27 luglio 1967, n. 685, recante l’ “*Approvazione del programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970*” - la sola che, com’è noto, ha dato sinora attuazione al principio costituzionale della programmazione dell’attività economica pubblica e privata (cfr. CARRABA M., voce “*Programmazione economica*”, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, § 5; GALGANO F., *Articolo 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, cit., 58 - 61, per un esame del dibattito in Italia sulla programmazione e dell’impianto complessivo della legge medesima; mentre per un giudizio, negativo, su una siffatta esperienza si rinvia, tra gli altri, a MINERVINI G., *Società a partecipazione pubblica*, cit., 185) - si prevedeva, al punto 37, che gli enti di gestione e le imprese pubbliche avrebbero dovuto operare con criteri di “*rigorosa economicità*”.

<sup>47</sup> In questi termini, NIRO R., *Commento sub art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 859.

<sup>48</sup> Per tale opinione cfr. CIRENEI M. T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 19.

dell'ordinamento costituzionale (stante l'esplicito riconoscimento del principio di sussidiarietà), della quale si darà più innanzi conto.

## 2. La parabola della normativa in materia di servizi pubblici locali.

Se dalla dimensione statale si passa a livello locale, non dissimile fu l'atteggiamento dei pubblici poteri.

Infatti, sebbene diversi comuni, sin dai primi decenni del secolo decimo nono, assunsero la gestione diretta di alcuni servizi locali<sup>49</sup>, fu solo con la legge 29 marzo 1903, n. 103, cui seguì il regolamento d'esecuzione emanato con r.d. 10 marzo 1904, n. 108, che venne introdotta una disciplina organica e generale delle municipalizzazioni, successivamente confluita nel r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, recante il "*Testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province*"<sup>50</sup>.

In tale contesto normativo, ad eccezione dei casi in cui l'ente poteva far ricorso all'esercizio in economia<sup>51</sup>, l'azienda speciale costituiva il mezzo tipico per lo svolgimento, da parte degli enti territoriali, dell'attività pubblica di carattere "*industriale ed economico*".

---

<sup>49</sup> In particolare, tra il 1845 e il 1870 Genova, La Spezia, Brescia, Cesena disponevano già di un servizio pubblico del gas; successivamente, dopo il 1880, l'ambito di intervento si estese ad altri settori quali gli acquedotti (Spoleto, Udine, Terni), i trasporti urbani (Genova nel 1895), le centrali elettriche (Brescia nel 1893 e Verona nel 1898).

<sup>50</sup> Va precisato che alla legge del 1903 fece seguito il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, che consentì, sia pure entro limiti ben precisi, anche alle province l'assunzione di alcuni pubblici servizi. Più in generale, si deve constatare che quella legge costituì il portato della riflessione politico-culturale di quegli anni sfociata nel c.d. socialismo municipale. Si considerava, alla stregua di tale corrente di pensiero, il comune come una sorta di società cooperativa della quale "*ogni cittadino è un'azionista che riceve i suoi dividendi sotto forma di salute, di comodità di vita, di sane ricreazioni e di felicità ugualmente ripartite tra tutti*" (MICHELS R., *Storia critica del movimento socialista italiano: dagli inizi fino al 1911*, Firenze, 1926, 380 ss.). Per un quadro complessivo dello sviluppo storico, anche con riguardo alle esperienze sovranazionali, delle municipalizzazioni si rinvia a BOZZI G., voce "*Municipalizzazione dei pubblici servizi*", in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 363 ss.

<sup>51</sup> Cfr. l'art. 15, co. 1, del *Testo unico cit.* il quale così disponeva: "*sono di regola esercitati in economia i servizi di cui ai numeri 1, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 14 e 19 dell'art. 1, nonché tutti gli altri servizi per la cui tenue importanza in rapporto a quella del comune, o perché non aventi carattere prevalentemente industriale, non sia il caso di farne assumere l'esercizio nelle forme e col procedimento stabilito per la costituzione dell'azienda speciale*". Al fine di circoscrivere la portata delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, occorre, inoltre, notare che era ampiamente discussa all'epoca (cfr. TROCCOLI A., voce "*Municipalizzazione dei servizi pubblici*", in *Noviss. Dig.*, vol. X., Torino, 1964, 999, il quale cita un precedente negativo di Cons. Stato, Sez. I, 6 marzo 1956, n. 373; più recente è l'analisi di GIAMPAOLINO C.F., *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, 1995, spec. 1009 - 1013, il quale individua l'esistenza di un orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, in senso favorevole) la possibilità da parte dei Comuni di costituire o far parte di società per azioni aventi per oggetto l'espletamento dei servizi pubblici municipali, non essendo tale forma di gestione prevista dal testo unico sulla municipalizzazione.



Le municipalizzate godevano sì dell'ampia autonomia di cui si è già detto, potendo, alla stregua di quanto disposto dall'art. 2, “*compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine e stare in giudizio per le azioni che ne conseguono*”, ma restavano assoggettate “*alla vigilanza del consiglio comunale*”, potendone quest'ultimo sempre esaminare l'andamento<sup>52</sup>.

Sicuramente, in disparte il problema della personalità giuridica di tale impresa-organo nel quale non pare possibile addentrarsi<sup>53</sup>, è possibile, d'altro canto, constatare che il sistema decisionale che ne scaturì vedeva una tendenziale coincidenza e confusione tra la gestione e la proprietà tale da pregiudicarne quell'immediatezza necessaria alle scelte “*imprenditoriali*”<sup>54</sup>. Ciò ne provocò il progressivo abbandono a vantaggio di modelli organizzativi più snelli, di cui si dirà più innanzi.

La vicenda relativa alle municipalizzazioni offre, altresì, lo spunto per ulteriori riflessioni: quella legge, innanzitutto, apportava un contributo, per certi versi, significativo al dibattito relativo alla concezione di servizio pubblico.

Più nel dettaglio, la dottrina giuspubblicista nostrana<sup>55</sup>, sulla scorta delle suggestioni provenienti d'oltralpe<sup>56</sup>, elaborò inizialmente una nozione di servizio pubblico, di impronta

---

<sup>52</sup> Accanto a tali “deroghe” alla disciplina comune GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia, cit.*, 245-246, ne individua altre: “*i proventi che l'azienda ritrae dalla propria attività sono suoi, e non dello Stato (o dell'ente locale), anche se parte degli utili possa poi andare allo Stato stesso; altrettanto avviene per i finanziamenti e per i mutui d'esercizio (autonomia finanziaria); la contabilità interna dell'azienda, anche se disciplinata da norme di contabilità pubblica, è disimpegnata dagli uffici suoi propri, e non dagli uffici (ragionerie centrali) dello Stato, e il riscontro contabile, se vi è - per gli enti locali manca - spetta ad uffici distaccati della Corte dei conti (autonomia contabile); alla compilazione dei bilanci in quanto atti tecnici, provvede l'azienda direttamente; anche se inizialmente questi bilanci erano raffigurati come bilanci di tipo pubblico, la forza delle cose li ha portati sempre più a divenire bilanci aziendali*”.

<sup>53</sup> Ha sostenuto, in passato, la tesi della personalità giuridica BASSI F., *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, 1957; *contra* BARDUSCO A., voce “*Azienda municipalizzata*”, in *Dig., Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, il quale cita (nt. 1), sul punto, un precedente giurisprudenziale Cass., Sez. Un., 26 marzo 1982, n. 1885, in *Foro it.*, 1982, I, 967.

<sup>54</sup> A simili conclusioni pervengono SPADONI B., *I servizi pubblici locali. Dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 37 ss. e SCOTTI E., voce “*Servizi pubblici locali*”, in *Dig., Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2012, § 10.

<sup>55</sup> Secondo DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. 6, parte I, 1924, per servizio pubblico deve intendersi “*una attività imputabile, direttamente o indirettamente allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini; il concetto di prestazione rappresenta il tratto peculiare dell'istituto*”. Va ricordato che lo stesso A. non mancò di ricollegare, come già aveva fatto la precedente dottrina, la teoria dei servizi pubblici all'attività *sociale* dell'amministrazione in contrapposizione alle attività giuridiche. In altri termini, già nei teorici del principio nominalistico v'era la consapevolezza che l'esplicazione di tali attività erano destinate a risolversi in modo diretto ad incremento del benessere sociale e contraddistinte, pertanto, per

soggettivistica, la quale faceva derivare tale concetto dall'assunzione che ne faccia un pubblico potere. Conseguentemente, si riteneva inclusa, in tale categoria, qualsiasi attività fatta propria da un soggetto pubblico, in via non autoritativa, a prescindere dal fatto che essa sia gestita direttamente o affidata in concessione ai privati oppure che abbia una sostanza tipicamente amministrativa o più propriamente commerciale o industriale.

Vi era un punto sul quale i fautori di una simile prospettazione si discostarono, e in modo netto, dall'elaborazione transalpina: da noi prevalse l'idea che non fosse il servizio pubblico il fondamento dello Stato, ma lo Stato il fondamento della pubblicità del pubblico servizio<sup>57</sup>. In tal modo, si veniva, altresì, profilando sin da epoca remota la distinzione, utile a tutt'oggi, tra funzione pubblica e pubblico servizio<sup>58</sup>. Mentre sulla prima non vi furono particolari dubbi, intendendosi *“quell'attività delle pubbliche autorità che, in immediata derivazione dei poteri sovrani, o con più precisione, dalle potestà personale e territoriale nelle quali si scinde l'esercizio della sovranità, rappresenta un'estrinsecazione tipica del momento dell'autorità sicché la pubblica funzione, per il*

---

questa loro proiezione immediata verso il raggiungimento di fini che apparivano propri non tanto dell'autorità quanto piuttosto della stessa collettività.

<sup>56</sup> In argomento nella letteratura francese si segnalano, tra gli altri, DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel. Tome cinquième. Les libertés publiques*, XII ed., Parigi, 1925 e DE CORAIL JEAN-LOUIS, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954. Nella concezione tradizionale francese, venne conferita al *service public* dignità di clausola generale sulla competenza del Consiglio di Stato. Segnatamente, la nozione di pubblico servizio venne impiegata, per la prima volta, come criterio fondante la giurisdizione del giudice amministrativo con la sentenza dell'8 febbraio 1873 del Tribunale dei conflitti, più celebre come *arrêt Blanco*. Parimenti, celebre è il c.d. *arrêt Terrier* del 1903, il quale confermò che l'organizzazione ed il funzionamento dei pubblici servizi esulasse dal campo di applicazione del diritto comune, rappresentando un'attività riconducibile alla pubblica amministrazione.

Come riportato da MERUSI F., voce *“Servizio pubblico”*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1976, 216, nella giurisprudenza e nella dottrina francesi, l'istituto venne inquadrato in tre diverse accezioni: secondo un punto di vista *materiale*, s'intese per servizio pubblico ogni attività avente per oggetto la soddisfazione di un bisogno di interesse generale; da un punto di vista *organico*, la persona giuridica o, in genere, l'organismo di diritto pubblico svolgente un'attività di interesse generale ed infine secondo un'accezione formale si considerò servizio pubblico ogni attività sottoposta ad un regime giuridico speciale definito, per l'appunto, regime amministrativo. Successivamente, però, proprio l'estrema latitudine del concetto fece sì che compiti di oggettivo interesse generale venissero affidati, tramite l'istituto della concessione, a soggetti privati e che attività imprenditoriali fossero gestite da soggetti pubblici, ma sottoposte al medesimo regime giuridico delle imprese private, mandando in crisi rispettivamente la nozione materiale e quella organica, lasciando intatta solo l'accezione formale. Pur tuttavia, non risultò particolarmente agevole enucleare, all'interno di un medesimo servizio, da un lato, gli aspetti del funzionamento e dell'organizzazione disciplinati dal diritto amministrativo, dall'altro lato, quelli retti dal diritto comune, donde l'assenza, anche nell'ordinamento francese dell'epoca, di una nozione analitica e precisa di servizio pubblico. *Amplius* cfr., anche con riguardo all'influenza francese sull'ordinamento comunitario, MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998, 177 ss.

<sup>57</sup> Cfr. SCOTTI E., *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 22.

<sup>58</sup> Distinzione che già la dottrina francese aveva reso con i termini di *puissance publique* e *activité de gestion*.

suo contenuto non può essere logicamente esercitata se non da chi eserciti la sovranità, ossia dall'autorità che agisce per la collettività"<sup>59</sup>, sul secondo ben presto il principio nominalistico entrò in crisi.

Se, invero, la stessa legge sulle municipalizzazioni conteneva esclusivamente un lungo elenco di servizi (art. 1) che l'ente locale avrebbe potuto municipalizzare (non fornendo, in questo, un decisivo contributo all'enucleazione della nozione di servizio pubblico), essa qualificava, come detto, il servizio medesimo "industriale ed economico". Ora, sebbene non sia questa la sede per soffermarsi ad indagare la reale portata di tale qualificazione<sup>60</sup>, un dato, però, risulta irrefutabile: i fautori della concezione soggettivistica furono giocoforza costretti ad adeguare il loro portato speculativo al profilo economico del pubblico servizio che si veniva così palesando<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Così GIANNINI M. S., *Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 108. Non si esorbita dai limiti della trattazione se si ricordano le osservazioni (solo parzialmente condivisibili, v. *infra*) sul piano della "direzione" degli interessi tutelati di SORACE D., *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, 214: "come in relazione ai poteri ablativi ed espropriativi in senso stretto a fronte della amministrazione non sono concepibili interessi diversi da quelli oppositori, così a fronte dei poteri di pubblico servizio sono concepibili soltanto interessi finali pretensivi ... questa sembra essere invero la scriminante di maggior rilievo tra le due diverse situazioni: gli "interessi di libertà" costituiscono un limite statico ai poteri dell'amministrazione ponendosi semplicemente come una barriera insormontabile per questi ultimi; gli "interessi di pubblico servizio" invece operano come limite dinamico, nel senso che i poteri possono avere diversi modi di esercizio, ma solo perché in diversi modi può essere raggiunto l'obiettivo-limite". Infine, in merito non è possibile obliterare la reciproca influenza tra i giuspubblicisti e i giuspenalisti (si vedano le sintesi offerte da CATTANEO S., voce "Servizi pubblici", in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, §§ 2-4; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, (a cura di) GROSSO C.F., ed. XV, Milano, 2008, 291 ss.) con riguardo agli artt. 357 e 358 c.p. prima della novella intervenuta con la legge 26 aprile 1990, n. 86. Attualmente, infatti, le stesse norme contengono una definizione *expressis verbis* dichiarata rilevante "agli effetti della legge penale".

<sup>60</sup> Come osservato da MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, cit. 38, "dal dibattito parlamentare e dai primi commentatori che ne riprendevano il linguaggio, risulta che, secondo l'opinione dell'epoca, quasi tutti i servizi pubblici locali avevano carattere industriale perché comportavano la produzione di beni o di servizi da destinare alla collettività locale, mentre altri, pur avendo un qualche rilievo economico, «non costituivano una vera e propria industria», riducendosi alla erogazione di una prestazione a membri della collettività locale" (vrigolettato dell'A.).

<sup>61</sup> Venne, com'è noto, elaborata, inizialmente, la teoria delle prestazioni amministrative (tradizionalmente ricondotta ad ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, ed. II, Milano, 1956), la quale trasponendo nel campo del diritto amministrativo non solo la nozione stessa di prestazione, ma anche quella di rapporto obbligatorio, concepiva il servizio pubblico come prestazione, che in quanto tale, doveva essere erogata ad uno o più soggetti individualmente determinati, se si preferisce *uti singuli*, non riuscendo, però, ad offrire alcun decisivo contributo alla definizione di servizi pubblici. Infatti, come ha notato, criticamente, POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, *Rist. anastatica*, cit., 31 ss. (al quale si rinvia per una serrata critica alla teoria medesima), considerare il servizio pubblico sotto il solo profilo delle singole prestazioni produce l'effetto di condizionarla, in ogni caso, agli sviluppi dell'elaborazione di una diversa figura, quella, per l'appunto, di servizio pubblico. Non sortì esiti migliori l'elaborazione della categoria dei *servizi pubblici impropri* (come ricorda POLICE A., *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 2007, 79 ss., fu proprio DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. IV, Milano, 1930, 613, ad elaborare tale

Ormai, evidentemente, il fondamento teorico della concezione criticata era stato depotenziato della sua carica innovativa e ciò in virtù, anche, di un inequivoco dato normativo contenuto nella nostra *wirtschaftsverfassung* (costituzione economica).

L'art. 43 Cost., del quale, ora, conviene occuparsi, rende costituzionalmente possibile la riserva o il trasferimento delle imprese (*“la legge può riservare originariamente o trasferire”*) che si riferiscano a servizi pubblici essenziali *“allo Stato, ad enti pubblici”*, ma non esige, secondo la concezione oggettiva di servizio pubblico, che vi si addivenga necessariamente, potendo, dunque, esistere servizi pubblici essenziali esplicitati, si badi, da *imprese* che la legge non riserva e non trasferisce in mano pubblica di modo che esse continuino ad essere gestite da soggetti privati<sup>62</sup>. Inoltre, la previsione della riserva o del trasferimento anche *“a comunità di lavoratori o di utenti”* indurrebbe a pensare che la pubblica amministrazione non costituisca, nelle intenzioni del Costituente, neppure il referente privilegiato quando *“a fini di utilità generale”* si intendano sottrarre alla proprietà dei privati alcune delle imprese comprese nelle tre categorie indicate nella norma in commento (*“servizi pubblici essenziali”, “fonti di energia” o “situazioni di monopolio” ed “abbiano carattere di preminente interesse generale”*)<sup>63</sup>.

Si giunge, pertanto, ad una concezione di servizio pubblico – dotata, come si dirà più avanti, di non pochi elementi di continuità con l'evoluzione più recente della nozione (ove un'unica e definitiva se ne possa enucleare) – la quale, all'opposto rispetto a quella di matrice soggettivistica, ponendo in risalto lo stretto collegamento introdotto dall'art. 43 Cost. tra la nozione di servizio pubblico essenziale e quella di impresa<sup>64</sup>, funzionalizza, attraverso una lettura combinata di tale

---

categoria). Si era osservato, infatti, che determinate attività, aventi caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici imputabili alla pubblica amministrazione erano poste in essere da privati e sottoposte a penetranti regimi autorizzativi implicanti rigorosi controlli pubblici e particolari obblighi per l'autorizzato, tra cui quello primario di negoziare con chiunque si presenti e quello di osservare determinate tariffe.

Probabilmente, come è stato osservato (MONZANI S., *Controllo “analogo” e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, 14), fu proprio la categoria del “servizio pubblico improprio” a fornire le premesse per la successiva formalizzazione della teoria degli ordinamenti sezionali, che trova, notoriamente, la sua matrice concettuale nell'elaborazione di SANTI ROMANO. Infatti, GIANNINI M. S., *Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico, cit.*, pur avendo inizialmente (nello scritto *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, 3) sostenuto la tesi della qualificabilità dell'attività bancaria in termini di servizio pubblico, essendo riferibile la funzione e l'attività creditizia allo Stato, successivamente a proposito dei *“soggetti giuridici che, per loro intrinseca conformazione, svolgono un'attività retta dal diritto privato, ma assoggettata ad una disciplina pubblicistica penetrante”*, come per l'appunto gli istituti di credito, ravvisò i caratteri tipici degli ordinamenti giuridici di settore. In tale ambiguità è agevole cogliere le ragioni della debolezza del principio nominalistico che ne hanno determinato il successivo superamento.

<sup>62</sup> In questi termini POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Rist. anastatica, cit., 52.

<sup>63</sup> Cfr. POTOTSCHNIG U., *op. cit.*, 53-54.

<sup>64</sup> Note sono le parole con le quali POTOTSCHNIG U., *op. cit.*, 55, evidenzia che *“la nozione di impresa che viene qui in considerazione non è tuttavia quella di istituzione, ma di attività esercitata in forma imprenditoriale, ossia - come dice*

norma con l'art. 41, co. 3, Cost., talune attività economiche, tanto pubbliche quanto private, al perseguimento di fini che *in quanto imputabili all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*<sup>65</sup> costituiscono pubblico servizio<sup>66</sup>.

La disposizione costituzionale oggetto di esame si presta, altresì, ad una lettura più generale e, si potrebbe aggiungere, particolarmente giovevole ai fini della prospettiva che nel presente scritto s'intende privilegiare. Riprendendo le fila del discorso interrotto nel paragrafo precedente, si è detto che l'art. 41 Cost. non solo pare offrire la tutela dell'iniziativa economica privata, consentendo e valorizzando il confronto competitivo tra i diversi attori, ma l'estensione della garanzia di tutela dell'iniziativa economica anche a favore dei pubblici operatori, purché si diano quelle stesse forme assunte dai privati; il tutto, *ça va sans dire*, non obliterando il ruolo dello Stato nelle vesti di regolatore stante il necessario coordinamento ed indirizzo di entrambe a *fini sociali*.

L'art. 43 Cost. sembrerebbe far di più: circoscrive l'esclusione della iniziativa economica privata e la correlativa coatta sostituzione dell'attività imprenditoriale pubblica non solo teleologicamente (*“ai fini di carattere generale”*), ma anche settorialmente, potendo essere riservate o trasferite coattivamente soltanto le imprese che abbiano *“carattere di preminente interesse*

---

*l'articolo 2082 del codice civile - di attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. In effetti le imprese che si riferiscono ai servizi pubblici essenziali di cui all'articolo 43 non affievoliscono certo, per la peculiarità del loro oggetto, il carattere di imprese; al contrario esse vengono in considerazione, ai fini della realizzazione dei servizi pubblici, proprio per la loro operatività sul piano economico secondo la tipica struttura imprenditoriale. Tale struttura, anzi, esse devono mantenere, sempre per effetto dell'articolo 43, anche nel caso che la legge ne disponga la riserva o il trasferimento ... La conclusione da trarre è dunque che la realizzazione dei servizi pubblici chiamati dall'articolo 43 essenziali postula necessariamente il concorso di organismi imprenditoriali”*. Invero, secondo SORACE D., *I servizi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 583 ss., il quale interpreta sinteticamente il pensiero di POTOTSCHNIG U., *“attività economica è da considerare, residualmente, l'attività che non si risolve nella produzione di utilità giuridiche”*.

<sup>65</sup> Sempre POTOTSCHNIG U., *op. cit.*, 59 (v. pure pag. 107), è persuaso che *“tutta la disciplina costituzionale dei rapporti economici va gravitando attualmente verso la realizzazione di un ordinamento che assicuri non tanto il contemperamento reciproco delle attività dei privati e di quelle dello Stato, quanto il confluire delle une e delle altre in un sistema unitario”*, ossia non solo *“un'organizzazione di attività”*, ma anche *“un'organizzazione di persone”*.

<sup>66</sup> Una parte della dottrina (TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 945 ss. e, spec., 947; in termini analoghi, cfr. SCOTTI E., *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, *cit.*, 36) ha rilevato che si tratta di una visione non completamente oggettivata del servizio pubblico, di cui si nega la riconoscibilità all'autonomia privata e si afferma l'appartenenza alla società nel suo complesso, fermo restando il ruolo centrale dell'amministrazione, pur letto in chiave solo strumentale. Probabilmente, più penetrante è la critica mossa da CATTANEO S., *voce “Servizi pubblici”*, *cit.*, § 8, secondo cui si è risolta la nozione di servizio pubblico in quella di attività economica di cui all'art. 41, co. 3, Cost.

Cfr. MERUSI F., *voce “Servizio pubblico”*, *cit.*, 219-220, il quale perviene alla conclusione che sia nell'art. 43 Cost. sia nell'art. 1 della legge n. 103/1903, trattandosi, in tutte due i casi, di attività economica, l'accezione di *“pubblico servizio”* accolta sia quella di *“una clausola generale che si riferisce ad un fenomeno i cui indici di esistenza saranno individuati, a seconda dei casi, dal legislatore o dall'ente locale territoriale e in fine riesaminati, sotto il profilo della “ragionevolezza”, dal giudice costituzionale o dal giudice amministrativo”* (virgolettato dell'A.).

*generale*”, donde si trae la conclusione di una certa “cautela” del Costituente nei confronti di qualsiasi forma di monopolio, quando riguardi, tra le altre ipotesi, i servizi pubblici essenziali<sup>67</sup>.

Ancora, la presenza del riferimento testuale all’impresa impone di considerare necessaria, finanche quando si proceda alla nazionalizzazione, l’adozione del modello organizzativo imprenditoriale e non un regime di gestione meramente erogativa<sup>68</sup> e ciò, come in precedenza rilevato, si è concretato nell’adozione, almeno sul piano del diritto positivo, del “criterio dell’economicità”.

In prosieguo di tempo, numerose disposizioni vennero adottate in tal senso: oltre al citato art. 3 della legge istitutiva del Ministero delle Partecipazioni statali, l’art. 3, n. 10 della legge istitutiva dell’ENEL, le numerose leggi istitutive degli enti di gestione gravitanti intorno al sistema delle partecipazioni statali<sup>69</sup>. Si tratta di riferimenti normativi che inducono a riflettere sulla compenetrazione tra il modello organizzativo, segnatamente l’ente pubblico economico, adottato dai pubblici poteri nelle vesti imprenditoriali e le finalità perseguite attraverso siffatti interventi nell’economia. Infatti, il problema del temperamento tra le opposte esigenze di perseguire finalità, per esempio, di recupero di grandi complessi industriali oppure la salvaguardia dei livelli occupazionali, da un lato, e il perseguimento di obiettivi di “economicità di gestione”, dall’altro, è

---

<sup>67</sup> In altri termini, s’intende dire che prevalse in sede di Assemblea Costituente l’idea - e l’art. 43 Cost. ne costituisce emblematica sintesi - che le pubbliche amministrazioni avrebbero dovuto “combattere” le concentrazioni economiche esistenti e astenersi dal crearne di nuove. Paiono, all’uopo, esemplificative le parole di CORTESE P., *Atti dell’Assemblea costituente*, seduta del 3 maggio 1947: “*se v’è davvero una rivoluzione liberale da compiere, questa rivoluzione liberale nel campo dell’economia è proprio la rivoluzione diretta a ristabilire l’economia di mercato contro le degenerazioni capitalistiche, contro i trusts, contro i pools, contro i monopoli e contro le sopravvivenze corporativistiche. Ma non basta ... bisogna prevenire, bisogna impedire che si formino le situazioni monopolistiche. Come? Non potete attendervi ... che io dica “collettivizzando”... d’altra parte, collettivizzando faremmo il più grande dei monopoli: l’unico monopolio statale ... se noi volgeremo la nostra legislazione economica a questa finalità, di sopprimere questi privilegi, di impedire che all’ombra di questi privilegi, di questi protezionismi, mediante monopoli ... si possano costituire concentrazioni che, manovrando artificialmente le condizioni del mercato, determinino soprattutto il danno del consumatore*”. Invero, il mancato recepimento della proposta di emendamento avanzata da CORTESE, poi confluita in quella di EINAUDI L., *Atti dell’Assemblea costituente*, 13 maggio 1947 (*amplius* cfr. GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, cit.*, 487 ss.), non fu dovuta a scarsa sensibilità delle altre forze politiche circa la necessità di combattere i monopoli, ma, probabilmente, in forza del convincimento che le disposizioni votande o votate contenessero già strumenti utili a tal fine (in tal senso v. DOMINÈDÒ F., *Atti dell’Assemblea costituente*, seduta del 13 maggio 1947).

<sup>68</sup> In senso conforme, si veda GIANNELLI G., *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, 141.

<sup>69</sup> Invero, come osservato da CIRENEI M. T., *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, 387-388, già l’art. 2 del T.u. delle leggi sulla municipalizzazione cit. in una logica ispirata a criteri di “macroeconomicità”, dopo aver disposto che gli utili netti dell’azienda (detratto quanto ritenuto necessario al miglioramento e allo sviluppo della azienda ed alla riduzione delle tariffe dei servizi) fossero devoluti al bilancio comunale, prevedeva che alle perdite eventualmente verificatesi si facesse fronte attraverso “appositi stanziamenti nella parte straordinaria della spesa del bilancio comunale”. In argomento, si rinvia a quanto più diffusamente trattato *infra* nel testo.

stato, in passato, oggetto di riflessione da parte della dottrina e anche della stessa giurisprudenza, soprattutto contabile<sup>70</sup>.

Non è questa la sede per ripercorrere tale interessante dibattito, ma alcune coordinate è utile qui, per la rilevanza ai fini della materia oggetto di esame, sintetizzare. Com'è noto, è stata proprio la vicenda delle partecipazioni statali a rappresentare per i giuscommercialisti uno degli argomenti addotti a sostegno sia della posizione che considera la qualificazione "economica" dell'attività di cui all'art. 2082 c.c. come sinonimo di attività rivolta alla produzione o allo scambio di beni o servizi sia di quella che per essa recupera un autonomo significato<sup>71</sup>. Non addentrandosi in una diatriba che vede ancor oggi contrapposti ordini di idee così distanti, giova ai nostri fini rilevare che, secondo opinione ormai pacifica in dottrina<sup>72</sup> e giurisprudenza<sup>73</sup>, possono essere qualificati imprenditori gli enti pubblici (per l'appunto, economici) tenuti ad operare secondo il canone dell'equilibrio rigenerativo delle risorse.

Il problema applicativo di maggior portata, che è stato segnalato da più parti, è consistito nel decifrare (soprattutto se raffrontata alla successiva evoluzione del diritto e della giurisprudenza

---

<sup>70</sup> Si rinvia a CIRENEI M. T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 167, nt. 49, per puntuali riferimenti giurisprudenziali.

<sup>71</sup> Per l'opinione che attribuisce al requisito dell'economicità il medesimo significato reso dalla qualificazione dell'attività come diretta al fine della "produzione o scambio di beni e servizi" cfr. FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, XIV ed., Milano, 2009, 28 ss.; più di recente, nel senso che proprio l'abrogato art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589, certifichi che il metodo economico possa essere visto unicamente come afferente al momento programmatico dell'agire si veda BUTTARO L., *Corso di diritto commerciale I. Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, cit., 80 ss. Per l'opposta e più suffragata tesi che l'economico, inteso quale criterio-guida dell'azione verso la rigenerazione dei mezzi, costituisca, nell'impresa, condizione di rilevanza giuridica dell'attività cfr. l'opera monografica di LOFFREDO E., *Economicità e impresa*, Torino, 1999, 68 ss. Nella manualistica si veda, tra gli altri, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, (a cura di) CAMPOBASSO M., Torino, 2014, 31, e bibliografia ivi citata. Da ultimo, si veda, altresì, il contributo di MARASÀ G., *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in *AGE*, 2014, 33 ss.

<sup>72</sup> Su tutti, ROSSI G., *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 237 ss.; CIRENEI M. T., *Le imprese pubbliche*, cit., 379 ss., e LOFFREDO E., *Economicità e impresa*, cit., 222 ss. Va segnalata, però, la posizione di MARASÀ G., *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 377 ss., il quale distingue tra le società a totalitaria partecipazione pubblica le quali sono "società di diritto speciale nelle quali gli espliciti intenti di erogazione di ricchezza escludono qualsiasi interesse ad un ingresso dei privati o, almeno, qualsiasi interesse volto a finalità lucrative" e il sistema delle partecipazioni statali fondato, invece, "se non sull'alleanza, quantomeno sulla non belligeranza nel rapporto associativo fra il capitale pubblico e quello privato" per il quale deve valere "l'adozione di un metodo di gestione che consenta un'adeguata produzione di utili, cioè una produzione di utili tale da permettere all'azionista privato di minoranza di soddisfare lo stesso fine di profitto realizzabile in una società in mano privata".

<sup>73</sup> Tra le altre, Cons. Stato 12 settembre 1994, n. 699, in *Giur. it.*, 1995, 369, e Cass., sez. un., 15 marzo 1999, n. 131, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 558.

comunitari<sup>74</sup>) il contenuto precettivo di una formula, evidentemente, generica: l'assetto morfologico delle partecipazioni statali presentava una composizione a tal punto frastagliata che è stato necessario differenziare l'interpretazione a seconda dell'ottica aziendale o superaziendale<sup>75</sup> nella quale l'ente, ulteriormente distinto in operativo e di gestione, era chiamato ad agire. Infatti, nel settore dell'iniziativa economica pubblica, ben potevano essere costituite e mantenute in vita imprese non autosufficienti in virtù di criteri di economicità superaziendale e di convenienza macroeconomica, tenuto conto delle utilità che ne derivavano all'economia collettiva. In tal modo, dunque, era consentito perseguire quelle finalità di interesse generale cui dianzi s'accennava attraverso compensazioni con proventi che derivavano da attività svolte anche su "mercati" diversi<sup>76</sup>.

In ogni caso, l'attività di impresa veniva, per dir così, canalizzata al perseguimento degli interessi pubblici specifici sulla base di scelte adottate da centri decisionali esterni, politici evidentemente, nell'ambito del rapporto pubblicistico che legava gli enti stessi allo Stato, essenzialmente attraverso l'esercizio da parte degli organi sovraordinati del potere di direzione. L'attività dell'ente restava libera fino all'emanazione delle direttive nelle quali si estrinsecava, per l'appunto, il potere di direzione<sup>77</sup>. Naturalmente, poi, si trattava di stabilire se anche le autorità cui spettava il potere di indirizzo fossero assoggettate, al pari degli enti di gestione od operativi, al criterio dell'economicità<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> In argomento di sicuro interesse è lo studio di CERBO P., *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2003, pt. IV, col. 332. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a quanto si dirà *sub* parte I, § 5.

<sup>75</sup> Approfondisce tale distinzione CIRENEI M. T., *Le imprese pubbliche*, cit., 381-385, e EAD., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 165-166, la quale ritiene propria la economicità aziendale di "quelle imprese che solo negli scambi di mercato possono trovare le proprie condizioni di durevole esistenza, non potendo contare sul sostegno di altre aziende o comunque di altre economie pubbliche o private; si tratta di quelle imprese che devono coprire i costi di ogni specie con i ricavi ... si delinea così una delle condizioni essenziali per la sopravvivenza dell'impresa (autonoma ed indipendente), e quindi uno dei profili, il principale, dell'economicità aziendale: l'equilibrio economico o autosufficienza economica dell'impresa", invece configura una economicità superaziendale "per quelle aziende che operino nell'ambito di economie più ampie ma unitarie. La singola azienda, pur essendo di per sé non autosufficiente trova economica giustificazione, oltre che necessari fattori di sussistenza, in un complesso superaziendale che può consistere in un gruppo di imprese (economicità di gruppo) o nell'economia collettiva di una regione o di uno Stato (macroeconomicità)".

<sup>76</sup> Sulla capacità dell'ente di inserirsi all'interno del sistema di produzione-consumo attraverso l'impresa pubblica e la sua idoneità, comunque, di condizionarlo dall'esterno cfr. BORGONOV E., *L'impresa pubblica*, Milano, 1979, 17 ss.

<sup>77</sup> In termini analoghi CIRENEI M. T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 171.

<sup>78</sup> Nel senso che le direttive non potessero risolversi in indicazioni aprioristicamente incompatibili con il modello imprenditoriale imposto dal legislatore cfr. GALGANO F., *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. soc.*, 1982, 436 e 439 ss., e CIRENEI M. T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 172.



Tale ultimo profilo rendeva evidenti i limiti del modello organizzativo adoperato, principalmente (ma considerazioni analoghe possono svolgersi per le aziende speciali<sup>79</sup>), dai pubblici poteri: l'ente pubblico economico appariva, all'epoca, come un istituto giuridico che “*non conosce né capitale di rischio né scopo lucrativo né distribuzione di utili, ma soltanto fondi di dotazione erogati da autorità politiche; che rinnova il lacerante dissidio tra interesse pubblico, generatore di controlli e di direttive ministeriali, ed attività economica; che, obbedendo a criteri di “efficienza” o di “economicità”, introduce vincoli ed oneri impropri*”<sup>80</sup>.

In particolare, occorre dotarsi, tralasciando in questa sede più approfondite analisi delle ragioni ulteriori che spinsero verso le privatizzazioni<sup>81</sup>, di un strumento che rendesse l'impresa pubblica maggiormente efficiente al pari di quelle private<sup>82</sup> atteso che l'orizzonte di riferimento non era più, *rectius* non solo, quello nazionale bensì quello della comunità europea che, allora come oggi, annovera tra le sue parole chiave mercato, concorrenza e parità di trattamento tra imprese pubbliche e imprese private<sup>83</sup>. E la soluzione fu individuata nella “trasformazione” – che, del resto,

---

<sup>79</sup> Il punto è ben indagato da SPADONI B., *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, cit.

<sup>80</sup> Così IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, cit., 472. Il giudizio di VISENTINI G., *Le filosofie della società per azioni e l'esperienza italiana*, in *Giur. comm.*, 2015, 751 ss., spec. 768-769, è ancor più *tranchant*: “*difatti l'artificio di un ente, i cui esponenti di nomina pubblica e politica siano tenuti a comportarsi come se fossero espressione di proprietà di privati, può servire per interventi congiunturali; invece gli enti di gestione furono eretti a istituzione dell'economia mista. Con la costituzione del ministero delle partecipazioni statali si ripresentò l'idea di una missione dell'ente di gestione, e così delle società inquadrato, anche di interesse pubblico, sino a prospettare la loro funzione, rimasta un'idea, di strumenti di programmazione. Nei fatti penetrarono nella gestione delle imprese indirizzi di sostegno della occupazione, di sviluppo di aree depresse eccetera, nell'intendimento compensati con i cosiddetti oneri impropri, finanziati dal rapido aumento dei fondi di dotazione degli enti di gestione, e così dell'Iri. L'operazione si è rivelata un costoso rinvio all'emergere della profonda crisi latente*” (corsivo dell'A.).

<sup>81</sup> Il processo di privatizzazione, com'è noto, è stato avviato con il D.L. 3 ottobre 1991, n. 309, con il quale il Governo disponeva - all'art. 1, co. 1 - che “*gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali, possono essere trasformati in società per azioni*”. Il lento iter parlamentare di quel decreto portava alla sua decadenza, che obbligava il Governo a reiterare il provvedimento con il D.L. 5 dicembre 1991, n. 368, conv. in L. 29 gennaio 1992, n. 35. Accanto allo scopo menzionato nel corpo del testo di aumentare la competitività delle imprese pubbliche, ROSSI G., *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 387-388, ne individua almeno altri due: la riduzione del *deficit* del bilancio dello Stato e lo sviluppo del capitalismo popolare “*nel senso di indirizzare il risparmio dei cittadini verso l'investimento in titoli azionari, in ossequio all'art. 47, co. 2, della Costituzione italiana*”. In senso critico MINERVINI G., *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche “privatizzate”*, in *Riv. soc.*, 1994, 740 ss. Si segnala, però, che la letteratura sull'argomento è pressoché sterminata. Pertanto, si rinvia, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a BONELLI F., ROLI M., voce “*Privatizzazioni*”, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 994 ss.

<sup>82</sup> Sul punto, il rinvio non può che essere fatto ai preziosi studi già di GUARINO G., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, cit., 124 ss., spec. 129, e PIVATO G., *L'efficienza delle imprese pubbliche. Le imprese pubbliche in forma di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1967, 758 ss.

<sup>83</sup> Va osservato che se è vero che il legislatore comunitario avesse, all'epoca, assunto una posizione di neutralità nei confronti del fenomeno delle privatizzazioni, e ciò in virtù dell'art. 222 CE, secondo cui “*il trattato lascia del tutto*

costituisce uno dei possibili significati attribuibili al termine privatizzazioni<sup>84</sup> – degli enti pubblici economici in società per azioni<sup>85</sup>, ritenuta, quest'ultima, una forma giuridica altamente idonea a promuovere buone condizioni di efficienza nell'impresa pubblica<sup>86</sup>.

Prima ancora, si potrebbe dire, furono proprio i servizi pubblici locali a sperimentare una trasformazione in senso privatistico dei modelli utilizzabili da parte degli enti locali per la gestione dei servizi medesimi<sup>87</sup>. Infatti, già la legge n. 142/1990, all'art. 22, co. 3, lett. e), tra le forme di gestione dei servizi pubblici aveva previsto quella della “*società per azioni o a responsabilità limitata* (la possibilità di optare per quest'ultimo tipo societario fu introdotta, però, dalla legge n. 127/1997) *a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati*”, sancendo l'arretramento del modello dell'azienda municipalizzata<sup>88</sup>. Inoltre, quella legge conteneva un limite funzionale e territoriale per

---

*imprejudicato il regime di proprietà esistente negli stato membri*”, è altrettanto vero che in un breve torno di tempo si consolidò, attraverso una serie di atti (tra gli altri, il *Libro bianco sullo sviluppo, la competitività e l'occupazione* e la *Raccomandazione della Commissione al Consiglio* del 25 maggio 1994, relativa agli orientamenti generali delle politiche economiche degli Stati membri nella Comunità), un orientamento volto a favorire e ad incoraggiare la riduzione della sfera del controllo pubblico dell'economia. In tal senso cfr. TIZZANO A., TODINO M., *Diritto comunitario della concorrenza (1° gennaio - 30 giugno 1994)*, in *Dir. com. internaz.*, 1995, 401 ss.

<sup>84</sup> Segnatamente, SCHLESINGER P., *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, 126 ss., spec. 127 - 128, fa menzione, oltre quello evidenziato nel testo, di un secondo significato consistente nel “*fenomeno dell'ingresso nel capitale (dell'ente) ... di soggetti privati, sia pure in posizione di minoranza*” e di un terzo significato che, invece, starebbe ad indicare “*il trasferimento del “controllo” di un'impresa da mani pubbliche (soggette in ogni caso ad influenze, deleghe, vigilanze, di competenza di “politici”) a mani private, normalmente attente esclusivamente a considerazioni di carattere economico*”.

<sup>85</sup> È IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 464 ss., ad interrogarsi, fornendo, però, una risposta in senso dubitativo, se si possa parlare in senso tecnico, ossia alla stregua della disciplina codicistica, di “trasformazione”.

<sup>86</sup> Così PIVATO G., *L'efficienza delle imprese pubbliche. Le imprese pubbliche in forma di società per azioni*, cit., 791 - 792.

<sup>87</sup> Condivisibilmente, BUONOCORE V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 5 ss., spec. 23 - 24, riteneva che le società a partecipazione comunale non potessero considerarsi “*sorelle minori*” di quelle a partecipazione statale in quanto “*l'oggetto (delle prime) è quello dei servizi pubblici e lo scopo è quello di sottrarsi alla rigidità delle regole contabili che reggono la vita degli enti locali territoriali per migliorare attraverso una gestione privatistica l'efficienza e l'economicità dei servizi stessi*”.

<sup>88</sup> Invero, il D.P.R. n. 902/1986 recante la “*Approvazione del nuovo regolamento delle aziende di servizi dipendenti dagli enti locali*”, introducendo il Piano programma, cominciò a delineare un sistema di rapporti tra enti locali e aziende maggiormente ispirato al principio del confronto tra due diverse pianificazioni: la prima, quella degli enti locali, la seconda, quella delle aziende; fu solo, però, con l'art. 23 della legge in commento che venne finalmente riconosciuta la personalità giuridica all'azienda speciale.

In ogni caso, va rilevato che era ormai da tempo in atto un fenomeno di “fuga dalla municipalizzazione” (di cui fa menzione MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, cit., 41); pertanto, non pare condivisibile l'opinione di SCOTTI E., voce “*Servizi pubblici locali*”, in *Dig., disc. pubbl.*, Agg. 2012,

l'assunzione di servizi pubblici da parte dei comuni e delle province: questi dovevano provvedere alla gestione dei servizi “*nell'ambito delle proprie competenze*” e al fine di realizzare “*fini sociali*” e promuovere “*lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”, potendo considerarsi così delimitata la portata della stessa nozione di servizio pubblico locale<sup>89</sup>.

L'opzione a favore del modello societario è divenuta una costante nella produzione legislativa immediatamente successiva – si ponga mente, segnatamente, all'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 –, la quale attraverso l'utilizzo prima del sintagma *a rilevanza industriale*<sup>90</sup>, per effetto della modifica all'art. 113 ad opera dell'art. 35 della legge n. 448/2001, e poi di quello *a rilevanza economica*, successivamente alla novella del medesimo art. 113 T.u.e.l. in forza delle leggi nn. 326 e 350 del 2003, certificava il carattere economico delle attività costituenti servizio pubblico locale<sup>91</sup>.

---

Torino, § 10, la quale ritiene che la nuova legge, pur contendo degli indiscutibili profili di discontinuità rispetto al passato, contenesse un *favor* nei confronti del modello dell'azienda speciale.

<sup>89</sup> Questa è l'opinione pure di NIUTTA A., POLICE A., *Forme e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477 ss. Ivi si rinvia per una dettagliata critica (spec. 488 ss.) a quelle posizioni della giurisprudenza e dottrina amministrativistica la quale continuava a riconoscere natura sostanzialmente pubblica alle società per azioni derivate dal processo di privatizzazione e natura oggettivamente amministrativa ai loro atti. Analogamente v. COSTI R., *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, 798 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 390 ss., e IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica locale*, in *Studi in onore di Luca Buttaro*, Milano, 2002, 341 ss., i quali negano, per l'appunto, la natura speciale o anomala (sul punto si ritornerà, nel mutato contesto normativo, più innanzi *sub* Premessa, cap. II) della società a partecipazione mista, ritenendola soggetta al diritto azionario comune. A tali contributi si rinvia, inoltre, per un esame della norma citata nel corpo del testo, anche con riferimento al successivo d.p.r. n. 533/1996 che, integrando l'art. 12 della legge n. 498/1998, consentì la costituzione di società mista con partecipazione maggioritaria dei privati.

<sup>90</sup> Fermo restando il rapidissimo susseguirsi degli interventi normativi citati nel testo, è interessante osservare come la distinzione tra servizi a rilevanza industriale e quelli privi di tale rilevanza non sia stata adeguatamente, se si eccettuano alcuni contributi dottrinali (AA. VV., *La riforma dei servizi pubblici locali - Art. 35 L. 28 dicembre 2001, n. 448, Legge finanziaria 2002*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 1 ss.) indagata. Sul punto, il solo - per certi versi esplicito - precedente giurisprudenziale rinvenuto è Tar Campania, 7 novembre 2003, n. 13382, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2003, 3317, nel quale si legge che “*gli indici rivelatori della rilevanza industriale del servizio pubblico locale devono desumersi dai principi comunitari che informano la materia, tenendosi conto del profilo teleologico del servizio - vale a dire della natura degli interessi o bisogni collettivi che si intendono soddisfare - dell'aspetto organizzativo - cioè delle modalità di erogazione dello stesso - nonché di quello economico - con particolare riguardo alle condizioni del mercato sul quale è offerta l'attività*”. Pur essendo apprezzabile lo sforzo definitorio del giudice amministrativo, deve constatarsi (in senso conforme cfr. COLOMBARI S., *La gestione dei servizi pubblici locali: nuove norme e problematiche (in parte) antiche*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, 1594 ss.) l'incertezza - della quale, probabilmente, anche il legislatore era consapevole atteso che rinviava all'emanazione di un regolamento governativo di esecuzione ed attuazione della normativa di riforma (che, però, non ha giammai visto la luce) - della qualificazione adoperata.

<sup>91</sup> Si rinvia per un'analisi dettagliata panoramica delle modifiche normative a DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 32 ss., e GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009, 133 ss. Più recente è il contributo di VOLPE C., *Il lungo e interrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *giustamm.it*, 2013.

### 3. L'apertura dei servizi pubblici locali al mercato: profili concorrenziali.

Se il legislatore nazionale, attraverso la progressiva sostituzione, nell'azione dei pubblici poteri, con modelli privatistici, ha posto attenzione al recupero di efficienza dei servizi pubblici locali mediante quella che è possibile definire una corretta allocazione delle risorse a disposizione dell'amministrazione<sup>92</sup>, l'apertura al mercato e alla concorrenza delle attività costituenti servizi pubblici locali è stata certamente determinata dall'influenza del processo di integrazione comunitaria.

In primo luogo, v'è da constatare che nei Trattati la locuzione "servizio pubblico" è presente solo nell'art. 93 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in materia di trasporti.

Diversamente, è in uso, negli artt. 14 e 106 TFUE<sup>93</sup>, l'espressione "servizio di interesse economico generale" della quale non è possibile rinvenire una compiuta definizione a livello comunitario, se non analizzando la produzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia e l'interpretazione datane dalle istituzioni comunitarie<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Sul punto, non può che rinviarsi all'approfondito studio di PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, in *Quad. giur. comm.*, 2001, *passim*. Riprendendo le parole dell'A. (51-56), "se l'impresa di gestione di servizi locali è in grado di rispettare pienamente il metodo economico, essa è strumento di attuazione della efficiente allocazione delle risorse. Se non lo fa, si pone come lo strumento di realizzazione di un meccanismo di allocazione dei beni, che non persegue l'efficienza paretiana (i beni a chi li valuta di più), ma è regolato da criteri e scopi di contenuto diverso (prescelti in sede politica od amministrativa), che normalmente sono alternativi rispetto a quelli rispettosi delle regole di diritto comune che disciplinano il funzionamento del mercato".

<sup>93</sup> Si ponga mente, altresì, all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali. Si rinvia per un puntuale commento dell'art. 106 TFUE, anche per i riferimenti all'interpretazione in sede giurisprudenziale, a GIULIANI M., *Le imprese pubbliche*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, (a cura di) FRIGNANI A., BARIATTI S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO F., Padova, 2012, 465 ss.; nonché a CASSINIS P., *Imprese pubbliche e incaricate di servizi di interesse generale*, in *La concorrenza*, (a cura di) FRIGNANI A., PARDOLESI R., *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da AJANI G., BENACCHIO G.A., Torino, 2006, 229 ss., per l'esame della norma di cui all'art. 86 CE.

<sup>94</sup> In specie, si tratta della *Comunicazione della Commissione. I servizi di interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, COM - all'esame della quale è dedicato, tra gli altri, il contributo di PERFETTI L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss., ove si esaminano le possibili relazioni con la nozione di servizio pubblico -; nonché nel *Libro Verde* su tali servizi - COM (2003) 270 del 21 maggio 2003, il quale ha avviato la consultazione pubblica sfociata nel *Libro Bianco della Commissione sui servizi di interesse generale*, COM (2004) 374 del 12 maggio 2004. Sia nel Libro verde (*considerando* n. 49) sia nel Libro bianco (punto 2.1) si fa menzione della circostanza che la nozione di servizi di interesse generale si fonda su "una serie di elementi comuni, tra cui: servizio universale, continuità, qualità del servizio, prezzi accessibili e tutela degli utenti e dei consumatori". In ogni caso, in tali documenti, come osservato da CARTEI G.F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e*

Tentando di riassumere, è costante l'affermazione secondo cui il carattere economico del servizio si concretizza in un'attività, non riconducibile all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri, consistente nell'offerta di beni o di servizi su un determinato mercato<sup>95</sup>, anche solo potenziale, non rilevando, a tal fine, né la natura del soggetto che svolge l'attività<sup>96</sup>, né che sia dotato di poteri autoritativi<sup>97</sup>, o non abbia scopo di lucro<sup>98</sup>, o che gli siano attribuiti compiti di interesse generale<sup>99</sup>. Così configurati i servizi di interesse economico generale, non pare, però, agevole distinguerli da quelli di interesse generale privi di tale carattere economico (SINEG)<sup>100</sup>.

---

*regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1219 ss., spec. 1223, "la mancanza di una formula prescrittiva che ne tracci la disciplina contribuisce a consegnare l'esistenza della categoria dei servizi di interesse economico generale ad una dimensione fluttuante, sospesa a metà tra le scelte della politica e le dinamiche del mercato".

<sup>95</sup> A titolo esemplificativo, come ricordato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-265/08, la Corte ha dichiarato di interesse economico generale "un nutrito e vario gruppo di servizi, come la distribuzione di acqua, di gas e di energia elettrica, la raccolta e la distribuzione della corrispondenza su tutto il territorio nazionale, la gestione di linee aeree non redditizie, il trasporto [di malati] in ambulanza o l'attività dei grossisti di prodotti farmaceutici", potendosi solo con difficoltà enucleare da tali decisioni "un concetto univoco e preciso"; infatti "la direttiva, il Trattato e la giurisprudenza s'ispirano alla medesima idea di equilibrio tra il mercato e la regolamentazione, tra la concorrenza e le implicazioni dell'interesse generale, coincidendo nella considerazione che spetta agli Stati membri definire i servizi di interesse economico generale che desiderano salvaguardare, fatto salvo il potere delle istituzioni comunitarie (segnatamente, della Corte) di controllare tali decisioni e impedire gli eccessi".

<sup>96</sup> È ricorrente nella giurisprudenza comunitaria la definizione di impresa come "qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento": così, tra le altre, Corte di Giustizia della Comunità europea 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, punto 46.

<sup>97</sup> Cfr. Corte di Giustizia della Comunità europea, 1 luglio 2008, C-49/07, *MOTOE*, punti 25 e 26.

<sup>98</sup> Cfr. Corte di Giustizia della Comunità europea, 10 gennaio 2006, C-222/04, *Cassa di risparmio di Firenze*, punti 122 e 123.

<sup>99</sup> Si veda Corte di Giustizia della Comunità europea, 23 marzo 2006, C-237/04, *Sotacarbo*, punto 34 e 25 ottobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glockner*, punto 21.

<sup>100</sup> Dà atto di tale "contraddizione", pure, MINIUSI D., *La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo e ordinamento nazionale*, in *Dir. econ.*, 2013, 119 ss., spec. 124 - 125, il quale ricorda come la Commissione - rendendosi conto della infondatezza, dal punto di vista giuridico, di una simile distinzione - affermò, con la *Comunicazione della Commissione. Attuazione del programma comunitario di Lisbona sui servizi di interesse generale nell'Unione europea*, 26 aprile 2006, che la quasi totalità dei servizi presenti nel settore sociale doveva ritenersi soddisfare i requisiti per la qualificazione come attività economica e, pertanto, ricadeva inevitabilmente nell'ambito di applicazione delle norme del Trattato; con la *Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2006 sui servizi di interesse sociale nell'Unione europea*, il Parlamento si oppose a tale prospettazione guardando "con preoccupazione" ai tentativi di applicare ai servizi sociali una regolamentazione e principi propri dei servizi di interesse economico generale. Finanche di recente si è rilevato in Commissione europea - Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Guida relativa alla applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno* (SWD (2013) 53 del 29 aprile 2013) che "i servizi «non economici» non coincidono con i «servizi sociali» sia perché tutti i servizi di interesse generale sono proprio per questo «sociali» sia perché esistono i servizi sociali a rilevanza economica, servizi cioè che pur avendo obiettivi fortemente sociali e redistributivi sono resi da operatori economici».

Sul punto, v'è chi<sup>101</sup> ha ritenuto che in tale ultimo caso il servizio assolva ad una funzione di carattere esclusivamente sociale soltanto quando l'offerta di beni o di servizi non è concepibile, neppure in astratto; donde il servizio è così pervaso dal principio solidaristico che nessun operatore economico potrebbe offrire lo stesso servizio.

Pare, invece, più persuasiva l'opinione di chi<sup>102</sup> ritiene che per considerare l'attività come economica ai sensi degli artt. 101 e ss. TFUE non debba semplicemente concretizzarsi un'offerta di beni o di servizi, ma occorrerebbe che l'attività abbia di mira, anche solo potenzialmente, la realizzazione di un profitto, inteso non come finalità ultima (essendo, invece, tale finalità, o se si preferisce la missione, di interesse generale), ma ancorato al versamento di un corrispettivo<sup>103</sup>. Ciò sull'agevole rilievo che, anche in ambito comunitario, il presupposto per la qualificazione di un'attività come economica viene ad identificarsi nella presenza, attuale o ipotetica, di un mercato nel quale le imprese già operano o potrebbero in principio intervenire al fine di esercitare la medesima attività.

Infatti, il legislatore comunitario ha inteso realizzare meccanismi concorrenziali anche nel settore dei servizi pubblici di interesse economico generale per i quali l'art. 106 TFUE (paragrafo 2) prevede la soggezione alle regole del Trattato, segnatamente quelle sulla concorrenza, salvo che

---

<sup>101</sup> TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 1063 ss.

<sup>102</sup> GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, 270 ss., il quale cita le parole dell'Avvocato generale Jacobs nella conclusione (punto 130) rese nel caso AOK (causa c-324/2001), che denotano proprio l'efficacia dell'ulteriore requisito richiamato nel testo "nel valutare se un'attività abbia natura economica, il criterio fondamentale...consiste nello stabilire se, almeno in linea di principio, possa essere svolta da un'impresa privata a scopo di lucro". Tale opinione pare essere condivisa, pure, da BACCOLINI F., *Prospettive della riorganizzazione dei servizi pubblici locali nelle recenti disposizioni di legge*, in *giustamm.it*, 2015, il quale esplicitamente afferma l'affinità tra la nozione comunitaria e quella di servizio pubblico di rilevanza economica incentrando, ambedue, sull'economicità che dovrebbe contraddistinguere il momento della gestione. V'è da dire, però, che nella *Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007: I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, si afferma che la risposta a tale interrogativo non può essere data a priori, essendo necessaria un'analisi caso per caso. Non può, naturalmente, che guardarsi con un certo sospetto una siffatta conclusione non fosse altro che per le inevitabili conseguenti incertezze (condivide tale giudizio SORACE D., *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss., spec. 5).

<sup>103</sup> Tale conclusione troverebbe conferma proprio nell'analisi condotta da PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, cit., 70 ss., il quale sottolinea come la prestazione di servizi locali di rilevanza imprenditoriale non sia di mera erogazione né, nella maggior parte dei casi, sia prevalentemente finanziata da tasse e tributi, bensì si estrinsechi nella realizzazione di prestazioni puntuali e specifiche destinate alla collettività dei cittadini per le quali questi ultimi pagano un corrispettivo.

l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della specifica *missione* affidata alle cure del soggetto affidatario del servizio<sup>104</sup>.

La soggezione dei servizi d'interesse economico generale alle regole del mercato non poteva che essere recepita a livello nazionale stante l'equiparazione tra una siffatta nozione e quella di servizio pubblico locale<sup>105</sup>. La strada del completo recepimento della nozione europea è stata non certo agevolata dai numerosi interventi normativi che, a fasi alterne, hanno segnato l'apertura dei servizi pubblici locali al mercato.

---

<sup>104</sup> Non va dimenticato che, a livello nazionale, esiste già una norma dal tenore letterale praticamente speculare a quella dell'attuale art. 106 TFUE: si tratta dell'art. 8 della L. 10 ottobre 1990, n. 287 cit., anzi parrebbe che tale norma sia più restrittiva di quella comunitaria quando al co. 2 si esclude l'applicazione delle disposizioni pro-concorrenziali alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale (PAPPALARDO A., *sub art. 8*, in FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Vol. II, Zanichelli, Bologna, 1993, 769 ss., evidenzia già il nucleo comune di significato tra la nozione di *servizio d'interesse economico generale* e quella di *servizio pubblico*) ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, "per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati". In altri termini, secondo l'opinione (condivisibile) di GUIZZI G., *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 277 ss., la norma introduce nell'ordinamento pure quelle peculiarità proprie della nozione comunitaria di impresa per cui, a differenza dalla fattispecie dell'impresa dettata dal codice civile, occorrerebbe isolare ai fini dell'applicazione della legge speciale unicamente l'atto produttivo di effetti economici per il mercato (nel senso di alternare il normale equilibrio).

<sup>105</sup> L'affermazione circa l'omologia tra le nozioni di servizio pubblico locale e quella di servizio di interesse economico generale si ritrova nella sentenza Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, disponibile al sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), nella quale si afferma che "entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» (come si esprimono sia la citata sentenza della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44); b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV). Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica". In senso critico rispetto a tali conclusioni si veda SABBIONI P., *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, 4654 ss., il quale, coerentemente con quanto detto nel corpo del testo, rileva, tra l'altro, la difficoltà di tracciare il *discrimen* rispetto alla nozione di servizi sociali.

Invero, occorre evidenziare che già con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272, reperibile al sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), la Corte Costituzionale aveva fatto rinvio all' "acquis communautaire" con riguardo ai servizi pubblici locali non di rilevanza economica. Per un commento più analitico a quest'ultima pronuncia cfr. ROLANDO E., *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni nella "materia trasversale" della tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 836 ss. In generale, sul tema, cfr. MARCHIANÒ G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei sieg*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2013, 1021 ss.

Si pensi alle disposizioni successive a quelle contenute nelle citate leggi n. 142/1990 e nn. 326 e 350/2003 di modifica dell'art. 113 T.u.e.l., segnatamente alle vicissitudini subite dall'art. 23 - *bis* D.L. 25 giugno 2008, n. 112 conv. con mod. in L. 6 agosto 2008, n. 133<sup>106</sup>, che hanno inteso accogliere tale ultima istanza per il tramite del riconoscimento, attesa la natura “commerciale” dei servizi pubblici locali, del modulo societario quale modello privilegiato e del notevole ridimensionamento del fenomeno dell'autoproduzione (v. *infra* parte II, § 1).

Non solo, a livello nazionale<sup>107</sup> è stato necessario accompagnare il processo di apertura del mercato dei servizi pubblici alla concorrenza con la liberalizzazione dei diversi settori che per lungo tempo (si veda il breve *excursus* storico sopra tracciato) erano stati oggetto di monopolio da parte dei pubblici poteri<sup>108</sup> e, in un certo senso, si può rinvenire la fonte di tale processo pure nell'art. 106 (paragrafo 1) laddove si stabilisce la soggezione delle *imprese pubbliche* e di quelle alle quali gli Stati riconoscono *diritti speciali ed esclusivi* alle regole del Trattato, partitamente quelle sulla concorrenza<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Cfr. MIDIRI M., *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 133 ss., per un'analisi del tortuoso percorso che ha condotto all'abrogazione ad opera della consultazione referendaria del giugno 2011 e alla successiva reintroduzione di tali norme grazie all'art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, poi dichiarato incostituzionale da Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 199 in *Giur. Cost.*, 2012, 2877 ss.

<sup>107</sup> Il processo normativo teso alla liberalizzazione di settori in passato interamente monopolizzati è pressoché incessante. Oltre a quanto già indicato, si segnalano: l'art. 9 (*Liberalizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica*), L. n. 183/2011 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2012*); l'art. 4 (*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*), D.L. n. 95/2012 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*); l'art. 34, co. 20 - 27, (*Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni*), D.L. n. 179/2012 (*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*); l'art. 1, co. 550 - 569-bis, L. n. 147/2013 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2014*) e l'art. 1, co. 609 - 616, L. n. 190/2014 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2015*).

<sup>108</sup> Sottolinea l'importanza della norma citata poco dopo al fine della realizzazione del processo di smantellamento dei grandi monopoli pubblici presenti nel mercato unico da parte della Commissione a partire dagli anni '90 pure DELLI PRISCOLI L., *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, 352 ss. V'è, altresì, da menzionare l'innegabile incidenza degli orientamenti comunitari in materia di monopoli statali sulle scelte degli Stati in punto di liberalizzazioni: cfr. TARAMASSO A., *Il processo di privatizzazione e di liberalizzazione e il diritto comunitario in materia di aiuti di Stato e di concorrenza*, in *Dir. comm. inter.*, 1995, 933 ss.; CIRENEI M.T., *Le società di diritto “speciale” tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e “poteri speciali”*, in *Dir. comm. inter.*, 1996, 771 ss.

<sup>109</sup> L'applicazione di questi principi porta con sé - soprattutto ove si consideri l'interpretazione fattane da parte dell'AGCM con riferimento all'art. 8, co. 2, legge *antitrust* italiana (v. già MAZZONI A., *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Riv. soc.*, 1996, 34 ss.) - la possibilità di sanzionare le imprese pubbliche e private, in monopolio legale o titolari di diritti esclusivi, per abuso di posizione dominante (posizione in cui per definizione versa il monopolista) sia nel caso in cui estendano la loro attività oltre i limiti legalmente previsti sia nel caso in cui, pur



In particolare, se si volge lo sguardo alla recente sopravvenienza normativa, è possibile, per certi versi, rinvenire una conferma di una simile evoluzione ordinamentale. Infatti, il riferimento alla prestazione di un corrispettivo – contenuto nell’art. 2, co. 1, lett. i), T.u. partecipate, che, recependo la nozione di servizio pubblico locale di interesse economico generale<sup>110</sup>, li definisce come *quei servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato* – lascia chiaramente intendere che si dovrà, pur sempre, trattare di attività che presentino profili di remuneratività, anche quando ad assumerne la gestione siano comuni e città metropolitane, potendo questi ultimi intervenire soltanto quando nessun altro operatore economico intenda svolgere o partecipare alla gestione del servizio medesimo<sup>111</sup>.

Parallelamente, qualora, come normalmente dovrebbe verificarsi, l’ente decida di affidare la gestione del servizio pubblico locale (diversi da quelli a rete e ad eccezione dell’ipotesi in cui l’ente opti per la gestione in economia o ad azienda speciale) ad un soggetto “esterno” alla medesima (v. *infra*), la garanzia del perseguimento della *missione*, vale a dire di quegli interessi (latamente

---

rispettando i limiti della continenza, la loro condotta sul mercato in concreto risulti restrittiva della concorrenza in misura eccessiva, non proporzionata ovvero non necessaria. Cfr., in tal senso, MANGINI V., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, IV ed., Torino, 2012, 69 ss.

<sup>110</sup> V., analogamente, la definizione contenuta nell’art. 2, co. 1, lett. a) dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali. Il Cons. Stato, Ad. commissione speciale, parere del 3 maggio 2016, n. 1075 sullo schema di decreto legislativo recante “*Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*” rileva, correttamente, che la scelta definitoria contenuta nel predetto articolo 2 si connota rispetto a quella europea “*in ragione del fatto che: a) dal punto di vista oggettivo si àncora la definizione del SIEG alla circostanza che il servizio non sarebbe stato svolto senza intervento pubblico o sarebbe stato svolto a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione qualità e sicurezza; b) si perimetra la nozione di SIEG dal punto di vista soggettivo, prevedendo che sia tale solo quello «assunto», cioè considerato come necessario dagli enti locali per il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali*”. Più nel dettaglio, tali due elementi risulterebbero pur sempre compatibili con la nozione europea di SIEG poiché con riferimento a quanto rilevato *sub a)* “*il servizio pubblico locale di interesse economico generale viene individuato in termini relazionali rispetto alle potenzialità del mercato*”, mentre con riguardo all’elemento *sub b)* si prevede, invece, “*una ricognizione del servizio da parte dell’ente competente, prima che lo stesso possa definirsi servizio pubblico locale di interesse economico generale, senza che ciò possa far pensare ad un accreditamento legislativo di quella nozione soggettiva di servizio pubblico, che deve ritenersi superata, anche in attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale di cui all’ultimo comma dell’art. 118 Cost.*”.

<sup>111</sup> Non a caso, l’art. 2, co. 1, lett. h), T.u. partecipate definisce i *servizi di interesse generale* come “*le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell’ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”. Non vale la pena indugiare oltremodo sull’acquisita consapevolezza del legislatore del 2016 della possibilità di realizzare la concorrenza per il tramite del principio di sussidiarietà sia verticale sia orizzontale: sul punto cfr. NIRO R., *Commento sub art. 41, in Commentario alla Costituzione, cit.*, 859, spec. nt. 102, il quale ricorda come tale principio trovasse una sua cornice all’interno della enciclica *Quadragesimo anno* di Pio XI e *Centesimus annus* di Giovanni Paolo II.

sociali) relativi alla comunità locale di riferimento, dovrebbe venir assicurata attraverso la previsione, principalmente all'interno del contratto di servizio, di specifici obblighi, spesso definiti di "servizio pubblico"<sup>112</sup>.

Se si considera proprio il recente T.u. partecipate, si possono annoverare tra questi l'*accessibilità fisica ed economica*, la *continuità*, la *non discriminazione*, la *qualità* e la *sicurezza*. Ai fini del presente studio, pare particolarmente rilevante procedere al corretto inquadramento, quanto alla natura e al contenuto, della *continuità* del servizio al fine di pervenire alla soluzione dell'interrogativo se essa possa configurare una vera e propria situazione giuridica soggettiva tutelata in capo all'utente.

#### **4. Il contratto di utenza e il rilievo della continuità del servizio.**

Invero, lo schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale codifica(va), pur senza fornirne una perimetrazione del significato, il principio di continuità in diversi articoli: innanzitutto nell'art. 4 rubricato "*Finalità e principi generali*" laddove al co. 5 si enuncia espressamente che "*Agli utenti dei servizi pubblici locali di interesse economico generale sono assicurati ... la continuità*"; poi all'art. 5 la continuità viene fatta rientrare tra quelle condizioni per la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali che l'ente locale, in virtù di quanto detto dianzi, dovrebbe valutare al fine dell'individuazione delle *attività di produzione di beni e di servizi di interesse economico generale* (co. 1), effettuando, all'uopo (co. 2), una verifica che le medesime *attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse come definito dall'amministrazione in termini di ... continuità*.

*Prima facie*, parrebbe che la continuità, non di sovente menzionata nella produzione normativa precedente<sup>113</sup>, entri a far parte, comunque, della missione di interesse generale che gli operatori economici debbono impegnarsi a perseguire. Tale impressione viene confermata dalla previsione di cui all'art. 21 del predetto schema, disciplinante il "contratto di servizio", stipulato tra

---

<sup>112</sup> Più nel dettaglio, gli obblighi di servizio pubblico sono definiti da CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 774, (invero, come ricorda PERICU A., *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Dir. comm. inter.*, 2001, 327 ss., spec. 334, nt. 19, una definizione analoga era già contenuta nel *Parere* dell'AGCM del 27 febbraio 1998, in *Boll. AGCM*, n. 8/98) come quelle "*prestazioni cui le imprese sono soggette, anche in virtù della regolazione pubblica della loro attività, che non verrebbero espletate in applicazione di una stretta logica imprenditoriale*".

<sup>113</sup> Salvo quanto si dirà *infra*.

amministrazione affidante e soggetti affidatari del servizio<sup>114</sup>, che deve contenere “... *misure a garanzia della continuità del servizio*” (co. 3, lett. i).

Proprio il riferimento al contratto di servizio consente, a questo punto, di indagare la portata, se si vuole, precettiva di tale principio. Va osservato che se scopo di un siffatto accordo<sup>115</sup> è quello di disciplinare la gestione del servizio, secondo una logica di scambio tra ente locale e gestore (l'affidatario riceve, a fronte dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, le tariffe o i prezzi per i servizi erogati e le compensazioni di cui oltre si dirà), non si può disconoscere che le prestazioni che in esso vengono stabilite sono, in definitiva, dirette agli utenti<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Occorre notare che in passato si era posto il problema della configurabilità del contratto di servizio nell'ipotesi di affidamento a società mista o domestica. In senso negativo si veda, tra gli altri, CAPANTINI M., *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 801 ss., spec. 816 ss., stante, secondo l'A., la compresenza, nell'ipotesi dell'*in house providing*, di un rapporto di delegazione interorganica e dunque la *strutturale inesistenza del contratto stesso*. Diversamente opina SEBASTIANI M., *Il contratto di servizio*, in VIGNERI A. e SEBASTIANI M. (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli ed., Santarcangelo di Romagna, 2016, 291 ss., spec. 302-304, il quale ritiene che “*anche i soggetti in house, in quanto giuridicamente distinti, sono incaricati dei servizi e come tali intrattengono rapporti contrattuali con gli enti concedenti, nella forma di convenzioni o contratti di servizio*”.

<sup>115</sup> Si utilizza tale espressione in senso deliberatamente generico in quanto si è ben consapevoli delle difficoltà che soprattutto la dottrina incontra quando si tratti di qualificare giuridicamente il contratto di servizio: per la qualificazione di quest'ultimo alla stregua di un accordo ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990 cfr. MASSERA A., TACCOLA C., *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in MASSERA A. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, 265 ss.; MANCINI L., *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, 113 ss., spec. 146; circa la natura negoziale e privatistica del contratto di servizio, v. PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, cit., 456 - 457. In giurisprudenza, piuttosto recente nel senso della natura di accordo (necessario) in specie sostitutivo di provvedimento è l'affermazione di TAR Torino, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2010, 3081 ss., con nota di GENESIN M.P., *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, e in *Urb. e app.*, 2011, 355 ss., con nota di VIVANI C., *I contratti di servizio fra diritto pubblico e privato*. In generale, è da notare che il contratto di servizio, già contemplato dagli artt. 113, co. 11, 113-bis, co. 5, T.u.e.l., prima ancora nella deliberazione CIPE 24 aprile 1996, recante *Linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità*, trova(va) una cornice adeguata, quanto al contenuto, nel citato art. 21 che, però, a quanto pare non offre decisivi argomenti a sostegno dell'una o dell'altra tesi sopra riportate.

<sup>116</sup> Si deve dar conto che la tesi (PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., 455 - 456) che, come detto, qualifica il contratto di servizio alla stregua di un contratto (atipico) di scambio si pone, coerentemente, l'interrogativo se tale contratto sia interpretabile come un negozio con clausole a favore di terzi *ex art. 1411 c.c.* (che prevedono prestazioni di cui i terzi possono autonomamente pretendere l'adempimento) ovvero come un semplice contratto con prestazioni a favore di terzi (nel qual caso questi ultimi non potrebbero vantare diritti soggettivi autonomamente azionabili), propendendo per la prima ipotesi in quanto ricorrerebbero tutti i requisiti normativamente previsti: l'interesse dello stipulante, il riscontro in concreto della volontà di attribuire il diritto alla prestazione ai terzi, i quali, per l'appunto, stipulerebbero con l'obbligato altrettanti contratti, per così dire, esecutivi al fine di disciplinare individualmente i reciproci rapporti.

In direzione parallela, infatti, all'evolversi del modo d'intendere i rapporti tra amministrazione e gestori del servizio pubblico<sup>117</sup>, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso mutano pure i rapporti tra cittadini e pubblici poteri nella direzione di un riconoscimento del ruolo del primo non più in termini di subordinazione alla seconda quanto piuttosto di una progressiva apertura dell'amministrazione alle istanze - e più di recente anche alla soddisfazione<sup>118</sup> - di colui che, ove non si tratti di esercizio di funzioni autoritative, diviene utente dei servizi offerti dalla medesima<sup>119</sup>.

Chiaramente, nella prima fase appena descritta, vale a dire quella di soggezione del destinatario della prestazione (stante la difficoltà di qualificarlo alla stregua di utente) alle scelte

---

<sup>117</sup> Il punto pare costituire uno snodo fondamentale. Come è stato notato da MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, cit., 572 - 573, la concessione, che ha rappresentato lo strumento per realizzare le "privatizzazioni" dei maggiori servizi pubblici nazionali (cfr. il d.l. n. 333/1992 conv. con mod. in l. n. 359/1992, il quale nel disciplinare la trasformazione in società per azioni dei maggiori enti pubblici economici ha previsto - all'art. 14 - che tutte le attività attribuite o riservate agli enti pubblici "restano attribuite a titolo di concessione" ai medesimi soggetti che ne erano titolari), ha permesso di compiere un importante passo nella direzione imposta a livello comunitario: la separazione tra attività di regolazione e attività di gestione del servizio pubblico. Tale regime restava, come è agevole intuire, intriso di una forte discrezionalità. Si è, allora, cercato di porre rimedio a tale inconveniente mediante una serie di previsioni volte da un lato ad ammettere l'istituto della c.d. autorizzazione generale (p.e., l'art. 1, co. 1, lett. q, n.1, D.lgs. n. 261/1999), dall'altro ad un ridimensionamento dei poteri dell'amministrazione nella scelta del privato concessionario (in argomento v., da ultimo, SPAMPINATO B., *L'accesso dei privati al mercato dei servizi pubblici*, *Gior. dir. amm.*, 2015, 467 ss.). In tale ultimo senso si segnala soprattutto la previsione contenuta nell'art. 30 della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, di cui *infra*, la quale ribadisce la necessità dell'espletamento di una "procedura per la scelta del concessionario". Nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali il principio dell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica pare(va) recepito nell'art. 7, mentre della separazione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione si dirà oltre nel testo.

<sup>118</sup> È possibile notare come il cittadino stia viepiù assumendo un ruolo proattivo nei confronti, innanzitutto, dei pubblici poteri e, di conseguenza, nei confronti dei gestori dei servizi pubblici locali. Se si pensa ai rapporti con la P.A., non può sfuggire, infatti, che gli studi della scienza della amministrazione avevano già indicato nella cosiddetta "customer satisfaction" il *leitmotiv* che dovrebbe guidare l'azione pubblica nella fase (non solo di erogazione dei servizi, ma anche) di preparazione di atti amministrativi ed, ancora prima, nella fase di approntamento dell'organizzazione delle procedure. L'idea per cui l'attività amministrativa è rivolta alla soddisfazione dell'utenza consente di ammettere la misurazione dell'attività dei singoli, facenti parte dell'organizzazione, secondo standard di rendimento (cfr. D.lgs. n. 150/2009). Il punto è ben sottolineato, a proposito del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici, di cui oltre si dirà, da PATRONI GRIFFI F., *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2010. Nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale questa impressione pare(va) confermata: sono molteplici, infatti, le previsioni (tra le altre, cfr. art. 23, co. 2, lett. d ed e) che rinvia(va)no, per l'appunto, alla partecipazione degli utenti o delle loro associazioni al fine della determinazione e verifica degli standard qualitativi.

<sup>119</sup> In numerosi studi (tra gli altri, v. IACOVONE G., *Tecnica, politica e (in)effettività della tutela dell'utente di servizi di pubblica utilità*, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 2085 ss.) si evidenzia proprio come l'identificazione tra la condizione di "utente" e quella di "amministrato" sia da considerare tra le cause delle disfunzioni rilevate nel funzionamento dei servizi pubblici, conseguentemente organizzati ed erogati con criteri politico-amministrativi, anziché economico-aziendali.

dell'amministrazione, l'individuazione del livello della qualità del servizio (nella quale, a parere di chi scrive, la continuità difficilmente avrebbe potuto trovare cittadinanza atteso che la funzione amministrativa, per definizione, non conosce interruzioni e, in ogni caso, se si fosse verificata una soluzione di continuità, il cittadino non avrebbe avuto strumenti a disposizione per far valere le proprie doglianze), si legava a scelte di organizzazione amministrativa, come tali insindacabili, affidate esclusivamente alla discrezionalità del soggetto pubblico erogatore del servizio. Alla seconda fase della quale si è dato poc' anzi conto, invece, pertiene, già a partire dal 1994, l'adozione di *principi dell'erogazione di servizi pubblici*<sup>120</sup>, espressione della progressiva riduzione dell'asimmetria tra erogatore ed utente.

Partiamo proprio da quest'ultimo punto: la codificazione a livello generale<sup>121</sup> della Carta dei servizi lascia intendere che non si possa più continuare a discutere in termini retorici<sup>122</sup> della posizione dell'utente e della correlativa tutela; al contrario, la creazione o l'apertura al mercato dei servizi riverbera, sul piano strettamente giuridico (*i.e.*, con il sorgere di diritti ed obblighi), i suoi effetti sul rapporto di utenza.

Non è ben chiaro, innanzitutto, se la fonte di simili obbligazioni sia costituita dal contratto di utenza, che dovrebbe riprodurre quanto già contenuto nella carta dei servizi medesima o *aliunde*, ma pur sempre in una fonte di rango superiore quale, p.e., la legge (*rectius* la normativa di

---

<sup>120</sup> In Italia l'introduzione della Carta dei servizi pubblici prende le mosse nel 1993 dalla presentazione di uno studio condotto dal Dipartimento della Funzione pubblica poi in gran parte confluito nella Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del gennaio 1994 (c.d. Direttiva Ciampi). Ivi venivano indicati ed esplicitati i canoni fondamentali che avrebbero dovuto caratterizzare il rapporto di utenza e tra questi veniva annoverata proprio la *continuità*. Per un esame analitico del contenuto dei due diversi documenti cfr. RINALDI R., *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 2011, 64 ss. Si segnala l'adozione, a breve distanza, anche del D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, che abroga l'art. 2 della legge 11 luglio 1995, n. 273, e così dispone all'art. 11, co. 1, (*"Qualità dei servizi"*): *"i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi"*.

<sup>121</sup> È d'uopo precisare che la normativa generale di riferimento è stata, successivamente agli interventi normativi citati nella nota precedente, integrata: dall'art. 2, co. 461, della l. n. 244/2007; dall'art. 30, co. 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69; dagli artt. 8 e 36 del d.l. n. 1/2012 conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27. Per una sintesi dell'evoluzione normativa cfr. GASTALDO V., *La carta dei servizi ferroviari*, in *Diritto dei trasporti*, 2015, 379 ss. Da ultimo, si segnala l'art. 23 dello schema di T.u. in materia di servizi pubblici di interesse economico generale: ivi, in particolare, è contenuta non solo, come in passato, una previsione generale, ma proprio un'elencazione (forse non particolarmente analitica) del contenuto della Carta medesima.

<sup>122</sup> Si esprime in termini di "retorica dell'utente" NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, 164, con riferimento al fenomeno - se mal non si è compreso, criticato dall'A. - in virtù del quale essendo l'utente portatore di un interesse meritevole di tutela, sarebbe necessario un intervento dell'amministrazione come erogatore del servizio o, quanto meno, come soggetto responsabile e regolatore della prestazione con la conseguente applicazione degli istituti e degli schemi teorici del diritto amministrativo.

settore)<sup>123</sup>; in tal caso, dovrebbe a monte essere risolto il problema della difficile delimitazione dei rapporti tra autonomia ed eterointegrazione del contratto stesso, stante la possibilità proprio nei settori di cui si tratta dell'intervento dell'autorità di regolazione<sup>124</sup>.

Non si può disconoscere che, com'è stato ripetutamente ribadito dalla dottrina che si è occupata *funditus* dell'interrogativo, nel rapporto tra utente e gestore intervengano fonti diverse da quella pattizia in ragione della natura, ontologicamente, debole dell'utente per cui il legislatore o il regolatore intervengono a garantire non solo che la relazione contrattuale non sia sperequata, ma, soprattutto, che all'utente venga garantito un servizio qualitativamente adeguato al fine di realizzare al massimo grado la sua soddisfazione<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Fermo quanto si dirà alla nota successiva circa la natura giuridica della Carta dei servizi, d'interesse appare la distinzione – operata, in dottrina, da GAMBINO A. M., *Beni extra mercato*, Milano, 2004, 192 ss. – “a seconda delle modalità comunicative approntate per la conoscenza delle condizioni di fornitura e delle carte dei servizi”, ipotizzandosi tre casi (per l'esame dei quali si rinvia a tale contributo): “a) che contenuto del contratto e delle carte siano divulgati; b) che sia divulgato il solo contenuto del contratto; c) che entrambi non siano divulgati”.

<sup>124</sup> Tale problematica si interseca, altresì, con quella della natura giuridica della Carta dei servizi: infatti, secondo quanto riporta RINALDI R., *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, cit., 74 - 77, accanto a chi riconosce ad essa una natura giuridica mista “sospesa” tra l'adempimento contrattuale e la soddisfazione delle aspettative dell'utente, la dottrina prevalente, pur nella diversità di vedute, attribuisce alla Carta natura contrattuale o, se si preferisce, di “patto” tra i soggetti erogatori e cittadini. Sull'argomento va segnalata, altresì, la posizione, condivisibile (alla luce di quanto si cerca di sostenere nel testo), di CALABRÒ M., *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 373 ss., il quale, pur affermando che la medesima avrebbe un carattere ricognitivo di quelle situazioni giuridiche soggettive che configgerebbero il “nocciolo minimo” dei diritti dell'utente e che altre fonti già riconoscono in capo a quest'ultimo, ritiene che debba affermarsi la natura di promessa al pubblico ex artt. 1989 e ss. c.c. per quelli *standard* prestazionali diversi da quelli etero-imposti eppertanto fondativi di autonome situazioni giuridiche soggettive.

<sup>125</sup> Una siffatta tematica parrebbe, in qualche misura, esulare dall'oggetto della presente trattazione; ciononostante è utile rinviare per un esame più approfondito della medesima ad alcuni contributi dottrinali e giurisprudenziali. Si tratta, in termini generali, di OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 421 ss., e RICCIUTO V., *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, in *Studi in onore di Benedetti G.*, ESI, Napoli, 2008, 1611 ss. Con riguardo alla materia che occupa, MANCINI L., *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, 113 ss.; LOPILATO V., *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 443 ss., spec. 446-448; SOLINAS C., *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impresa*, 2010, 1368 ss. (di recente, v. EAD., *La tutela del consumatore nei contratti di fornitura di energia elettrica*, in *Contr. impresa*, 2015, 435 ss.), i quali affrontano - i primi in termini ampi e il secondo con riguardo allo specifico settore dell'energia elettrica - proprio il problema della relazione tra la sfera contrattuale dei privati e l'azione dell'Autorità, in definitiva i rapporti e i confini tra libertà ed autorità. In giurisprudenza, con riferimento pure al potere normativo secondario dell'Autorità per l'Energia elettrica ed il Gas (AEEG) v. Cass. (ord.), 8 novembre 2012, n. 19333, in *Corr. giur.*, 2013, 603 ss., con nota di GRONDONA M., *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas: un problema (ancora) aperto*, nella quale si afferma la possibilità di integrare “il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in senso derogatorio alle norme di legge”, subordinandolo alla “duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive e, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga venga comunque fatta dall'Autorità a tutela dell'interesse dell'utente o consumatore, restando, invece, esclusa - salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta

Un banco di prova di quanto detto è costituito, per esempio, dal corrispettivo, il quale, come detto, figura nella nozione di servizio di interesse economico generale e parrebbe fondare una relazione tra gestore ed utente in termini pressoché paritetici. Se ciò è vero, dall'altro lato non può obliterarsi la considerazione che la *tariffa* (secondo l'art. 24 dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali) viene definita dagli enti affidanti, *fatte salve le competenze delle autorità di regolazione e le disposizioni contenute nelle norme di settore*, in modo tale da assicurare *l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della gestione, nonché il perseguimento di recuperi di efficienza che consentano la riduzione dei costi a carico della collettività*<sup>126</sup>.

Pertanto, l'adozione dello strumento negoziale nelle relazioni tra utente e gestore consente di ricondurre, seppure nei limiti appena detti, le relazioni tra utente e gestore ad una vicenda, sotto svariati profili, contrattata tra questi ultimi.

Permangono, in ogni caso, almeno due interrogativi: in quali termini risulta configurabile una pretesa alla prestazione del servizio pubblico? In secondo luogo, la continuità connota il contenuto di tale posizione giuridica oppure rileva in via autonoma?

Sul primo interrogativo, v'è da osservare la scarsità di riferimenti normativi - se si prescinde, per un istante, dallo schema di T.u., che pure non pare offrire spunti particolarmente utili a tal fine -: la legge n. 281/1998 aveva riconosciuto in capo ai consumatori ed utenti il diritto "fondamentale" alla "*erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza*" (art.1, co. 2, lett. g); l'art. 11 del d.lgs. n. 286/1999 al primo comma stabilisce che "*i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi*".

Si può, altresì, evidenziare che l'art. 101 Cod. cons. non pare essersi discostato granché dal riconoscimento dello svolgersi del rapporto di utenza secondo standard di "*qualità predeterminati*"<sup>127</sup>.

---

*non la consenta - la deroga a norme di legge di contenuto imperativo e la deroga a norme di legge dispositive a sfavore dell'utente e consumatore*".

<sup>126</sup> Nel senso che il percorso intrapreso sembrerebbe condurre verso il finanziamento degli utenti v., di recente, SCOTTI E. *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di stato e diritti fondamentali*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, cit., 173 ss.

<sup>127</sup> Circa la scarsa innovatività della norma contenuta nel codice di settore e per alcuni dei problemi interpretativi dalla stessa posti (si segnala, p.e., la "dimenticanza" del legislatore del 2005 il quale menziona tra i soggetti deputati alla *concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti dalla normativa vigente in materia* unicamente lo Stato e le regioni, omettendo, per l'appunto, il fondamentale ruolo dei comuni e delle città metropolitane) cfr., tra gli altri, DI GRAZIA D., *I servizi pubblici (Commento all'art. 101)*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, (a cura di) VETTORI G., Padova, 2013, 1008 ss.

Probabilmente, non a torto, si ritiene che la legislazione ordinaria non sia andata oltre il riconoscimento di un diritto alla prestazione secondo *standard di qualità e di efficienza* ovvero di diritti a contrarre non generalizzati (né generalizzabili) nei confronti degli esercenti<sup>128</sup>.

Tale prospettazione sembrerebbe creare uno iato rispetto a quella che non dubita circa la riconducibilità delle pretese alla fruizione dei servizi alla categoria del diritto soggettivo<sup>129</sup>: siffatte pretese degli utenti, più nel dettaglio, tenderebbero ad assurgere a veri e propri diritti sociali, ossia quei diritti a prestazioni positive “*in funzione della partecipazione ai benefici della vita associata, o della attuazione del principio di uguaglianza o della freedom from want*”<sup>130</sup>.

A ben guardare, però, le due posizioni non risultano inconciliabili, piuttosto tenderebbero ad accentuare differenti profili della posizione giuridica soggettiva facente capo all’utente. S’intende dire che il riconoscimento della natura di diritto sociale della prestazione di servizi pubblici consente di focalizzare l’attenzione sull’appartenenza dei diritti che s’intende tutelare attraverso la prestazione delle attività costituenti servizi pubblici (si pensi, ma non solo, ai servizi sociali<sup>131</sup>) al

---

<sup>128</sup> Si tratta della posizione di BOSCHETTI B.L., *Cittadino e utente*, in *Jus*, Milano, Vita e pensiero, 2003, 87 ss., spec. 127, la quale pur muovendo alcuni interessanti rilievi critici all’opinione che teorizza un diritto sociale ai servizi pubblici (v. *infra* nel testo), in ogni caso osserva (p. 127) che “*se sotto il profilo dell’effettività il riconoscimento di un diritto sociale ai servizi pubblici può non rivelarsi decisivo, tale può essere nelle singole controversie, sia perché esso può rientrare nel bilanciamento con altri diritti e valori, sia perché può influire sull’applicazione dei principi di proporzionalità e non eccessività*”. In generale, sull’importanza vieppiù assunta dagli standard qualitativi v. IAIONE C., *Le società in house degli enti locali*, Roma, 2006, 28-29.

<sup>129</sup> Su tale posizione si attestano gli scritti monografici sull’argomento. In particolare, NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, *passim*, spec. 613 ss., il quale rinviene una natura economica e sociale dei diritti dell’utente: da un lato, l’esigenza di salvaguardare gli interessi economici degli utenti si affermerebbe proprio quando anche i servizi pubblici sono aperti alla concorrenza e tale fenomeno si inscriverebbe in quell’ottica marcatamente economica nella quale “*i consumatori ricevono protezione nel diritto comunitario ai fini della costruzione del mercato interno*”, dall’altro assumerebbe autonomo rilievo la posizione *sociale* dell’utente al quale l’accesso ai servizi è garantito in virtù della sua appartenenza alla comunità. In senso conforme v. RINALDI R., *La posizione giuridica soggettiva dell’utente di servizi pubblici*, *cit.*, 141 ss. L’A. fonda la sua tesi - vale a dire la configurabilità in capo all’utente di un diritto soggettivo perfetto - sulla nozione di servizio pubblico elaborata da PERFETTI L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, consistente ne “*l’attività economica di prestazione di servizi intesi a realizzare le condizioni che consentano la piena esplicazione della dimensione non self executing delle libertà e dei diritti sociali sanciti dalla Costituzione*”. Ai lavori appena menzionati si rinvia, altresì, per un esame delle pronunce giurisprudenziali, invero molto limitate, sulla tematica.

<sup>130</sup> Così CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 757 (considerazioni analoghe sono contenute in ID., *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, Roma Tre - Press, 2014, dove si passa anche in rassegna la giurisprudenza costituzionale di diversi Stati); v. sul rapporto tra diritti di libertà e diritti sociali MAZZIOTTI DI CELSO M., voce “*Diritti sociali*”, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, 802 ss., e LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti Di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 97 ss.

<sup>131</sup> Di particolare interesse è, in tema, lo studio di MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 365 ss.



rango dei diritti costituzionalmente protetti dei quali sono titolari gli appartenenti alla comunità locale di riferimento.

Ciò parrebbe, però, non essere sufficiente in quanto la gestione da parte dei pubblici poteri dei servizi pubblici locali ha continuato a registrare inefficienze e sperequazioni<sup>132</sup> tanto che, come si è cercato di dire, ben potendo le attività costituenti servizio pubblico consentire quanto meno l'equilibrio tra costi e ricavi, il legislatore ha dovuto, giocoforza, imporre la realizzazione di obiettivi di qualità ed efficienza, per il tramite di un'apertura degli stessi al mercato e, conseguentemente, una maggiormente analitica disciplina del contratto di servizio le cui previsioni (ma ciò è stato già segnalato) non possono che riverberarsi sulla carta dei servizi e, da ultimo, sul contratto di utenza stesso.

Si perviene, in tal modo, all'affermazione di un diritto alla prestazione dei servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza la quale, evidentemente, non è priva di conseguenze pratiche: basti pensare ai soli rimedi attivabili dall'utente qualora si verifici un inadempimento da parte del gestore del servizio.

Ma prima di esaminare questi ultimi, si cercherà di rispondere al quesito innanzi posto, vale a dire se la pretesa dell'utente allo svolgersi del servizio pubblico in condizioni di regolarità e senza interruzioni sia dotata di un autonomo rilievo giuridico oppure se essa rientri nel più ampio riconoscimento del diritto ad una prestazione secondo standard di qualità ed efficienza.

Attesa la pluralità di riferimenti normativi prima menzionati, non pare si possa negare l'ingresso della continuità, innanzitutto, tra le garanzie che il gestore del servizio locale di interesse economico generale dovrebbe offrire all'atto della stipula del contratto di servizio e, inoltre, nello stesso rapporto di utenza.

Non deve sottacersi, anche sul punto, l'assenza di un esplicito referente normativo a livello generale<sup>133</sup>, invece il piano sistematico, segnatamente l'ordinamento penalistico e la legislazione in tema di diritto sindacale, offre più fecondi spunti di riflessione.

Si ponga mente, in primo luogo, a quanto previsto dall'art. 331 c.p., il quale punisce “*chi, esercitando imprese di servizi pubblici o di pubblica necessità, interrompe il servizio ovvero sospende il lavoro nei suoi stabilimenti, uffici o aziende, in modo da turbare la regolarità del servizio*” e al reato, meno grave, previsto e punito dall'art. 340 configurabile quando manchi un

---

<sup>132</sup> Cfr. NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 230, il quale segnala la diffusa insoddisfazione dei cittadini per gli oneri economici sostenuti e i disservizi generati dalle gestioni monopolistiche dei servizi pubblici locali.

<sup>133</sup> Non va dimenticata, in ogni caso, la previsione, già contenuta nella citata direttiva Ciampi, del principio fondamentale (numero 3) in forza del quale “*l'erogazione dei servizi pubblici, nell'ambito delle modalità stabilite dalla normativa regolatrice di settore, deve essere continua, regolare e senza interruzioni. I casi di funzionamento irregolare o di interruzione del servizio devono essere espressamente regolati dalla normativa di settore. In tali casi, i soggetti erogatori devono adottare misure volte ad arrecare agli utenti il minor disagio possibile*”.

siffatto requisito soggettivo. La dottrina dominante<sup>134</sup> non dubita che il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice riguardi il normale funzionamento della pubblica amministrazione e, in particolare, la regolarità, la continuità ed il rendimento nell'interesse della collettività dei pubblici servizi e dei servizi di pubblica necessità.

Il disfunzionamento dei servizi pubblici – si sottolinea nell'applicazione giurisprudenziale che se ne è fatta<sup>135</sup> – avrebbe l'effetto di insidiare il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati (si tenga conto di quanto si è detto or ora sulla configurabilità delle pretese degli utenti alla stregua di veri e propri diritti); d'altro canto, non è possibile obliterare la natura costituzionalmente tutelata di un altro diritto, quello di sciopero (art. 40 Cost. letto in connessione con l'art. 39 Cost.), che pure potrebbe venire in considerazione nello svolgimento di tali attività.

Orbene, la legge 12 giugno 1990, n. 146, poi integrata, su numerosi punti deboli, dalla successiva legge 11 aprile 2000, n. 83<sup>136</sup>, predispose un articolato meccanismo procedurale che consente agli utenti di conoscere anzitempo dell'astensione dal lavoro (obbligo del preavviso) e la garanzia di alcune *prestazioni indispensabili*. Sempre nell'ambito dei servizi pubblici essenziali individuati dall'art. 1, co. 2, della legge in commento<sup>137</sup>, la continuità viene, altresì, in considerazione per effetto dell'obbligo di prevedere all'interno degli accordi stipulati tra le parti sociali di rispettare intervalli minimi tra uno sciopero e l'altro (c.d. obbligo di rarefazione)<sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> Si rinvia a BENUSSI C., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G. e DOLCINI E., ed. II, Padova, 2013, 1248 ss. per una ricognizione dei diversi orientamenti dottrinali tutti, pur con diverse sfumature, convergenti sulla *ratio* riportata nel testo.

<sup>135</sup> Sul punto, si segnalano due interessanti pronunce relativamente recenti: Cass. pen., 23 luglio 2009, n. 3074, in *CED Cassazione*, 2009, con la quale l'attività di smaltimento dei rifiuti è stata considerata un "servizio di pubblica necessità" e, pertanto, integrerebbe il reato *de quo* l'inadempimento di attività che alterino il funzionamento del servizio nel suo complesso e Cass. pen., 21 novembre 2012, n. 46775, in *Riv. it. medicina legale*, con commento di GALATI C.D., 893-895, in tema di ingiustificato inadempimento delle prestazioni proprie del servizio farmaceutico da parte del titolare di una farmacia in turno di reperibilità.

<sup>136</sup> I diversi passaggi normativi sono generalmente descritti nella manualistica di riferimento alla quale si rinvia: tra gli altri, v. GIUGNI G., *Diritto sindacale*, aggiornato da BELLARDI L., CURZIO P., LECCESE V., Bari, 2014, 287 ss.

<sup>137</sup> Invero, il novero dei servizi pubblici essenziali coincide in buona parte con quelli che potrebbero, conformemente alle conclusioni alle quali si è pervenuti nel presente scritto, considerarsi servizi pubblici locali di interesse economico generale: ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. a), infatti, vi rientrano - per quanto concerne *la tutela della vita, della salute, della libertà e della sicurezza della persona, dell'ambiente e del patrimonio storico-artistico* -: *l'igiene pubblica; la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani e di quelli speciali, tossici e nocivi; l'approvvigionamento di energie, prodotti energetici, risorse naturali e beni di prima necessità, nonché la gestione e la manutenzione dei relativi impianti, limitatamente a quanto attiene alla sicurezza degli stessi*. Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. b) - "*per quanto concerne la tutela della libertà di circolazione* -: *i trasporti pubblici urbani ed extraurbani autoferrotranviari, ferroviari, aerei, aeroportuali e quelli marittimi limitatamente al collegamento con le isole*".

<sup>138</sup> Nel testo s'intende far riferimento alla rarefazione come intesa dalla dottrina giuslavoristica e dalla prassi applicativa (cfr. BELLOMO S., *Lo sciopero*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Pubblico e privato*, a cura di

Stando alla disciplina testé richiamata, la continuità costituirebbe uno dei tratti caratteristici delle prestazioni di servizio pubblico<sup>139</sup>, ben potendo, però, ogni attività di pubblico servizio avere una sua propria “misura” che è ad essa peculiare (per dirla con altri termini: la continuità di un servizio di trasporto urbano s’atteggia diversamente rispetto alle prestazioni erogate da un istituto di previdenza), pertanto sarebbe il “programma” di un determinato servizio pubblico a dettare i “ritmi” e solo una violazione di questo “ritmo” sarebbe giuridicamente rilevante<sup>140</sup>.

Fatta questa precisazione, non pare, comunque, possibile ritenere che la continuità del servizio pubblico locale dia luogo ad una situazione *ex se* giuridicamente rilevante, se non nell’ambito del più generale diritto ad una prestazione secondo standard di qualità ed efficienza<sup>141</sup>.

Infatti, si è visto come la legge penale e quella di diritto sindacale tutelano la continuità del servizio pubblico nei limiti in cui ciò sia funzionale alla protezione di beni diversi (la vita, la salute, la libertà di circolazione oppure, considerando le fattispecie penali, il buon andamento della P.A.); invece, non risulta – a differenza di quanto accade nell’ordinamento francese<sup>142</sup> – riscontrabile (salvo quanto ora si preciserà) una copertura più ampia, essenzialmente a livello costituzionale, della medesima.

---

SANTORO PASSARELLI G., Padova, 2013, 1928 ss.), vale a dire sia nel senso di regola dell’intervallo soggettivo sia di rarefazione oggettiva. Inoltre, un breve cenno andrebbe svolto pure con riferimento all’istituto della precettazione come disciplinato dall’art. 8 della legge n. 146/1990: si potrebbe anettere a tale istituto il fondamentale ruolo di prevenzione dal “*pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati che potrebbe essere cagionato dall’interruzione o dall’alterazione del funzionamento dei servizi pubblici essenziali*”, ma trattasi, come pure è stato notato (v. ALESSE R., *La commissione di garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero e l’istituto della precettazione*, in *Quadd. cost.*, 2011, 671 ss.), di una procedura quasi sempre affidata all’iniziativa dell’autorità competenti ad emanare l’ordinanza di precettazione, essendo raro l’esercizio del potere di segnalazione o di proposta vincolante da parte della Commissione di garanzia.

<sup>139</sup> Una siffatta affermazione trova conferma pure nelle conclusioni dell’Avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-265/08 cit. laddove individuando, per l’appunto, gli elementi comuni alle prestazioni di servizi di interesse economico generale si legge che “*occorre ricordare le celebri leggi di Rolland, indirettamente evocate dalle sentenze Corbeau (sentenza della Corte 19 maggio 1993, causa C-320/91, nda) e Almelo (sentenza della Corte 27 aprile 1994, causa C-393/92, nda)*” le quali illustrano “*le circostanze in cui vengono prestati i servizi di interesse economico generale: in modo ininterrotto (continuità); a favore di tutti gli utenti e su tutto il territorio interessato (universalità); a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione (parità)*”.

<sup>140</sup> Così CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 67 ss.

<sup>141</sup> Conforme parrebbe la posizione di GAMBINO A. M., *Beni extra mercato*, cit., *passim*, spec. 172 ove osserva: “*il tema della continuità della prestazione s’inquadra, così, nell’ambito più ampio della qualità della prestazione, nella duplice prospettiva della qualità della «messa a disposizione» di un quid (è la qualità generica del servizio) e della qualità intrinseca del quid consumato (è la qualità specifica)*” (corsivi e virgolettato dell’A.).

<sup>142</sup> Va detto, infatti, che la dottrina e la giurisprudenza francese hanno elaborato *les lois du service public* (principi di continuità, uguaglianza di trattamento e adattamento ai bisogni) che costituiscono il nucleo centrale del *régime exorbitant du droit commun*, caratterizzante i servizi pubblici.

Nella nostra Carta fondamentale non è stato recepito un principio analogo a quello contenuto nell'art. 5 della Costituzione francese approvata nel 1958 in base al quale si considera il Presidente della Repubblica garante de “*le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat*”; donde il riconoscimento da parte dell'omologo della nostra Corte Costituzionale della continuità dei servizi pubblici quale principio avente valore costituzionale<sup>143</sup>.

Tale ultima affermazione non si ritrova neppure a livello europeo, che pure a quest'ultimo ordinamento, come già rilevato, si è ispirato. Dall'esame della normativa derivata, si evince, segnatamente, che, in alcuni settori, il diritto dell'Unione impone direttamente un obbligo di continuità in capo ai fornitori del servizio<sup>144</sup>, mentre nella maggior parte dei casi si limita ad autorizzare gli Stati membri a stabilire un tale obbligo<sup>145</sup>.

Ma, data la non concordanza dei riferimenti normativi<sup>146</sup> che non paiono tali da configurare un obbligo di continuità direttamente in capo ai fornitori, non pare proficuo interrogarsi, a livello di fonti sovranazionali, circa la configurabilità del binomio obbligo di continuità - diritto degli utenti a fruire di un servizio di interesse economico generale senza interruzioni.

Nella prospettiva europea, invece, sembra ragionevole cominciare a riflettere con riguardo al ruolo che stanno viepiù assumendo alcune disposizioni generali in tema di servizi di interesse

---

<sup>143</sup> Cons. Cons., Décision n. 79-105DC, 25 juillet 1979, reperibile al sito [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1979/79105dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1979/79105dc.htm); di recente, Cons. Cons., Decision n. 2007-556DC, 16 aout 2007. Invero, quasi tutte le pronunce affrontano la tematica proprio nell'ottica del bilanciamento con il diritto, avente pure in quell'ordinamento copertura costituzionale, di sciopero: cfr. COURRÉGES M., *Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève*, Anne Rideau ed., 2015. V. pure Conseil d'Etat, 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, per la qualificazione della continuità del servizio pubblico in termini di “*principe fondamental*”.

<sup>144</sup> Si pensi, senza pretesa di esaustività, all'art. 3, par. 1, della direttiva sui servizi postali 97/67/CE, come modificata dalla direttiva 2008/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008, che ha novellato l'art. 4, introducendo al paragrafo 2, il riferimento alla continuità anche del servizio universale.

<sup>145</sup> P. e., sia nella direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale che abroga la direttiva 2003/55/CE (contenente all'art. 3, par. 3, il riferimento proprio alla continuità) sia nella direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, l'art. 3, par. 2, così si dispone: “*nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'articolo 86, gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico concernenti ... la regolarità ... delle forniture*”.

<sup>146</sup> Il punto è ben esplicitato nel Libro verde sui servizi di interesse economico generale cit. (punti 55-56): “*alcuni servizi di interesse generale sono caratterizzati da un requisito di continuità: il prestatore del servizio è cioè tenuto a garantire la fornitura del servizio senza interruzione. Per quanto riguarda alcuni servizi, una fornitura ininterrotta può già rientrare nell'interesse commerciale del fornitore e pertanto può non essere necessario imporre all'operatore un requisito di continuità giuridica. A livello nazionale, il requisito di continuità deve essere compatibile con il diritto di sciopero dei lavoratori e con la necessità di rispettare le norme di legge. Il requisito di garantire un servizio continuo non è trattato in modo coerente nella normativa comunitaria specifica per settore. In taluni casi, la normativa stabilisce esplicitamente un obbligo di continuità. In altri casi, la regolamentazione specifica per settore non prevede un requisito di continuità, ma autorizza esplicitamente gli Stati membri ad imporre tale obbligo ai fornitori del servizio*”.

economico generale, le quali sono state esaminate da un'attenta dottrina<sup>147</sup> proprio con l'obiettivo di pervenire al riconoscimento dell'accesso ai SIEG quale principio generale.

Volgendo lo sguardo soprattutto agli artt. 36 *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* e 14 TFUE, è possibile osservare quanto segue. Quanto alla prima, seppur contenente l'affermazione del *riconoscimento* e del *rispetto* dell'*accesso ai servizi di interesse economico generale* (si aggiunge, però, *quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati*), occorrerebbe, preliminarmente, risolvere un problema di non poco momento, vale a dire quello relativo alla natura vincolante della Carta, che, per ovvie ragioni, esula dalla presente trattazione<sup>148</sup>.

Più utile parrebbe, invece, soffermarsi, brevemente, sulla seconda. L'enunciato normativo in essa contenuto, ove si dice che i servizi di interesse economico generale sono funzionali alla difesa di *valori comuni* ed hanno un ruolo di *promozione della coesione sociale*<sup>149</sup> e *territoriale*, cospira a favore di un pieno riconoscimento del diritto dell'utente al godimento di tali servizi che debbono funzionare, su espressa previsione del legislatore europeo, *in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano* (all'Unione e agli Stati membri) *di assolvere la propria funzione*.

Certamente, il discorso dovrebbe, a questo punto, farsi più ampio atteso che il perseguimento dell'obiettivo ora menzionato, cioè la coesione sociale ma soprattutto quella territoriale, non può che essere raggiunto mediante l'universalità del servizio o, se si preferisce, la copertura integrale del territorio. Orbene, la problematica relativa al rapporto tra servizio pubblico e servizio universale ha appassionato i cultori delle discipline amministrativistiche e, naturalmente, del medesimo se ne può dar conto soltanto nei limiti dell'ottica, qui privilegiata, dei fondamentali riflessi che ciò produce sugli utenti.

Il cuore del problema sta – se non si sono mal compresi i termini della riflessione – nella comprensibile difficoltà di operare, per dir così, una *actio finium regundorum*. V'è chi, nel meritorio tentativo di far questo, ha fatto ricorso ad immagini geometriche, descrivendo il sistema

---

<sup>147</sup> Si tratta dell'opera monografica di GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea, cit.*, spec. 714 ss.

<sup>148</sup> Il rinvio è GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea, cit.*, 728 ss., il quale perviene (spec. 742-743) ad una conclusione, per dir così, politica nel senso che la natura vincolante della Carta non costituirebbe una caratteristica immediata, diretta, connaturata alle disposizioni ivi contenute, ma dipenderebbe dall'intenzione espressa, passando pure per l'attività pretoria della Corte di giustizia, di volerla rispettare. Il problema di fondo, acutamente indagato da TRIGGIANI E., *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 9 ss., consiste pure nella non agevole distinzione, all'interno della Carta dei diritti fondamentali, tra principi e diritti.

<sup>149</sup> La finalità della *coesione sociale* ritorna, pure, nello schema di T.u. sui servizi pubblici, partitamente all'art. 5, co.1.

come due cerchi concentrici: la parte esterna, di più ampio spessore, designerebbe il servizio economico concorrenziale, libero, privatizzato ed interamente compenetrato nelle logiche dell'impresa; quella interna, invece, conterebbe il servizio universale, connotato da marcati caratteri pubblicistici<sup>150</sup>.

La verità è che, sotto svariati profili, le due nozioni paiono coincidere sol che si pensi, per quel che a noi interessa, alla circostanza che il servizio universale debba essere prestato secondo quelli stessi principi che caratterizzano il servizio pubblico, tra i quali, per l'appunto, la continuità<sup>151</sup>.

Una spiegazione in termini filo concorrenziali parrebbe, a questo punto, doversi privilegiare: quando il mercato, nei limiti che si sono prima precisati, è in grado da sé di offrire agli utenti prestazioni che siano idonee a soddisfare i bisogni, *rectius* la tutela di interessi costituzionalmente protetti, secondo standard di qualità ed efficienza, la tutela dell'utente sarà assicurata mediante il ricorso, in caso di disservizio, ai rimedi che l'ordinamento appresta; il mercato liberalizzato, però, conosce pure dei fallimenti, ossia situazioni nelle quali lo stesso non è in grado di offrire in modo adeguato sotto il profilo della quantità, della qualità e delle condizioni di accessibilità a vaste fasce di utenti, pertanto questi ultimi risulterebbero esclusi dalla fruizione del diritto del quale si predica l'esistenza, in palese violazione del principio di non discriminazione.

Tale soluzione, com'è evidente, pone l'ulteriore problema della garanzia di efficienza che attraverso la razionalizzazione dei servizi pubblici locali s'intende perseguire in rapporto all'antipodico obiettivo egualitario (c.d. *trade off* tra efficienza ed equità) di cui si dirà nella parte conclusiva del presente capitolo (parte I); intanto, va rilevato che una volta che i pubblici poteri abbiano determinato il contenuto del servizio universale e individuato il soggetto incaricato della fornitura, gli utenti maturano il diritto al godimento delle prestazioni essenziali alle condizioni

---

<sup>150</sup> La metafora si ritrova in CINTIOLI F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 453 ss., il quale dichiara di riprenderla da altra dottrina. Il dibattito è assai ricco di contributi, pertanto i riferimenti qui contenuti devono considerarsi assolutamente parziali: per l'opinione che considera la nozione di servizio universale di derivazione comunitaria come un *affinamento della nozione di servizio pubblico tradizionalmente accolta nel nostro ordinamento* cfr. CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale. evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss., spec. 198; invece, CARTEI G.F., voce "Servizio universale", in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 1056 ss., si fa portavoce della tesi in forza della quale "la disciplina della regolazione, e non la nozione di servizio pubblico, pertanto, è il luogo di elezione e di elaborazione del servizio universale, cui spetta rappresentare un interesse imputabile non più allo Stato, bensì agli utenti e, quindi, in ultima analisi, al mercato".

<sup>151</sup> Cfr. RANGONE N., *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1999, *passim*, la quale osserva, però, che la prestazione del servizio universale dovrebbe essere offerta a tariffe accessibili anche in condizioni non remunerative; inoltre, mentre il servizio pubblico presuppone il riconoscimento a tutti gli utenti di un *diritto alla prestazione* (corsivo dell'A.), il servizio universale sarebbe all'origine del riconoscimento di un *diritto alla predisposizione* (corsivo dell'A.) del servizio in modo da renderlo accessibile a tutti gli utenti.

stabilite dai pubblici poteri e dal gestore del servizio<sup>152</sup> nel più volte citato contratto di servizio, *ergo* nella carta dei servizi<sup>153</sup>, venendo per tal via ammessi a quella stessa tutela spettante, in generale, a tutti gli utenti.

Il problema conclusivo ruota, per l'appunto, intorno alla giustiziabilità del diritto ad una prestazione secondo standard di qualità ed efficienza, nel quale, lo si ribadisce, dovrebbe farsi rientrare pure la pretesa alla continuità del servizio pubblico locale di interesse economico generale.

Colpisce immediatamente l'interprete la clausola che, secondo l'art. 21, co. 4, lett. e) dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali, il contratto di servizio dovrebbe contemplare: "*le modalità di ristoro dell'utenza, mediante meccanismi di rimborso automatico ovvero in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo, in caso di violazione degli standard qualitativi di servizio e delle condizioni generali del contratto*"; il che, unitamente alla presenza nel predetto schema di T.u. di numerosi riferimenti agli *standard qualitativi*<sup>154</sup>, potrebbe confermare la congruità della tesi sostenuta nella presente trattazione.

Parlare, infatti, di restituzione, integrale o parziale, del corrispettivo equivale a spiegare la relazione tra utente e gestore in termini di sinallagmaticità<sup>155</sup>, offrendo al primo la correlativa tutela: dalla relazione contrattuale si generano, infatti, obbligazioni di dare a carico dell'utente (la dazione del corrispettivo) e di *facere* da parte del gestore (erogazione di una prestazione secondo standard di qualità ed efficienza), per cui, a fronte dell'inadempimento di uno dei contraenti, nel caso esaminato del gestore, il rapporto si potrà dire risolto con conseguente restituzione del corrispettivo<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> Una soluzione pressoché conforme si ritrova in NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 429 ss., il quale rileva come "*per effetto della disciplina del servizio universale si affermano diritti dei cittadini a prestazioni positive aventi caratteristiche qualitative predeterminate, rivolti non verso pubbliche amministrazioni, ma verso operatori privati*".

<sup>153</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla previsione contenuta nell'art. 23, co. 2, dello schema di T.u. sui servizi di pubblici locali di interesse economico generale, la quale nel disciplinare il contenuto minimo della Carta dei servizi richiama(va), tra le finalità di tutela, la "*qualità, universalità e economicità*" delle prestazioni ad essi rivolte.

<sup>154</sup> Basti pensare, con riguardo al contratto di servizio (art. 21), alle previsioni contenute nel co. 3, lett. g), k), e nel co.4, lett. c), l), h).

<sup>155</sup> Cfr. CARAPEZZA FIGLIA G., *Concorrenza e contratto nei mercati dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. imp.*, 2012, 39 ss., spec. 73 ss., il quale offre un catalogo piuttosto ampio di sentenze della Corte Cost. e della Corte di legittimità relative alla configurazione di un "sinallagma genetico e funzionale" fra il pagamento della tariffa e la fruizione del servizio.

<sup>156</sup> Naturalmente, il problema si pone, pure, nel caso dell'inadempimento dell'utente. Per brevità, si rinvia ad una recente pronuncia (Cass., 14 febbraio 2008, n. 3539, in *Danno resp.*, 2008, 1102 ss., con nota di BENEDETTI A. M., *Quando basta (ancora) il codice civile. Utenti, pubblici servizi e diritto delle obbligazioni*) che fa, coerentemente, applicazione della disciplina civilistica delle obbligazioni.

Il diritto dell'utente a ricevere dal gestore prestazioni in linea con gli standard qualitativi e quantitativi trova, inoltre, riconoscimento e garanzia da parte dell'ordinamento secondo ulteriori forme<sup>157</sup>, soprattutto ove si considerino quelle a livello collettivo.

Qualificata, infatti, la relazione tra utente e gestore alla stregua di un rapporto contrattuale *inter pares* non paiono sussistere particolari dubbi circa l'esperibilità – nel caso in cui vengano violati gli standard qualitativi, *sub specie* della continuità, da parte dei soggetti legittimati *ex art. 140-bis* cod. cons. – dell' "azione di classe" ivi prevista. Sono ben note, tuttavia, le difficoltà che in concreto la giurisprudenza incontra quando si tratti di applicare tale rimedio, considerando che, in un caso, è stata negata la natura "contrattuale" dei diritti degli utenti del servizio di raccolta e di smaltimento dei rifiuti<sup>158</sup> e, in un altro, l'azione collettiva è stata ritenuta ammissibile solo perché proposta nei confronti della pubblica amministrazione<sup>159</sup>.

Le incertezze così palesate, però, non dovrebbero privare l'istituto della portata rimediale che esso, stando alle intenzioni del legislatore, pare destinato ad avere. L'omogeneità della situazione<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> É d'uopo avvertire che si rinvia ad altri contributi lo studio - pure di grande interesse - concernente le forme di tutele dell'utente a che le autorità pubbliche adottino i provvedimenti necessari perché i servizi siano resi in condizioni e secondo standard ritenuti accettabili: cfr. SORACE D., *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, parte V, col. 205; per l'opinione secondo cui non esiste un modello puro di tutela privatistica a presidio del rapporto di utenza a tal punto che il diritto soggettivo che l'utente vanta nel singolo rapporto di utenza risulta "conformato pubblicisticamente" v. RAMAJOLI M., *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss. Per un'ampia ricostruzione del problema anteriormente all'introduzione del cod. cons. cfr. GIGLIONI F., *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, 353 ss.; di recente v. DI GRAZIA D., *I servizi pubblici (Commento all'art. 101)*, cit., 1018 ss.

<sup>158</sup> Il riferimento è a App. Firenze, ord. 27 dicembre 2011, in *Foro it.*, 2012, I, 1910, e oggetto di breve annotazione in AFFERNI G., *Recenti sviluppi nell'azione di classe*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1275 ss., spec. 1281 ss.

<sup>159</sup> Si tratta di Trib. Roma, ord. 2 maggio 2013, in *Resp. civ. prev.*, 965 ss., con nota (critica) di PORCARI F., *Primi fragili spiragli per l'azione di classe contro gli enti pubblici territoriali*. L'organo giudicante ha ritenuto, nel caso di valori fuori norma riscontrati nell'acqua immessa nella rete idrica pubblica e destinata al consumo umano, pacifico che gli attori avessero azionato "i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori ed utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in una situazione omogenea", ma essendo stata proposta, come detto, l'azione nei soli confronti dell'ente pubblico comunale e non contro l'impresa (azienda speciale) non sono state accolte le doglianze risarcitorie avanzate dagli utenti medesimi.

<sup>160</sup> Non è possibile pretermettere le difficoltà che la prassi giurisprudenziale ha mostrato e continua a mostrare (cfr., da ultimo, Trib. Venezia, ord., 12 gennaio 2016, in *Quotidiano giuridico* del 27 gennaio 2016, con nota di RUSSO P., *Volkswagen e i dati sulle emissioni inquinanti: sempre ammissibile la class action?*), con riguardo all'interpretazione del requisito dell'identità, prima, e dell'omogeneità, ora (v., comunque, TRUBIANI F., *Una "storica" sentenza: (finalmente) la prima azione di classe ex art. 140 bis c. consumo andata a segno*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 2013, 919 ss., per la conclusione che la modifica del 2012 abbia avuto un effetto sì coerente ma, tutto sommato, abbastanza limitato per quanto riguarda i profili sostanziali del giudizio di classe). Sia che si interpreti l'omogeneità nel senso che sulla base delle prime difese delle parti il tribunale ritenga di essere in grado di svolgere un'unica attività istruttoria comune a tutti i membri della classe, sia che - secondo l'opinione di CAPORUSSO S., *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1199 ss. - si richieda che la fattispecie causale sia dotata



in cui gli utenti vengono a trovarsi (lesione del diritto alla prestazione secondo canoni di qualità ed efficienza) mi sembra che sia stata più volte ribadita: l'appartenenza dell'utente alla comunità territoriale di riferimento fa sì che tutti coloro che fruiscono di un determinato servizio, a condizioni che non possono che essere eguali (pena il rischio di una violazione del principio di non discriminazione), siano titolari, in forza di un contratto di utenza avente il medesimo oggetto, di una eguale situazione giuridica soggettiva, la cui lesione legittima all'azione nei confronti dell'altro contraente, ossia il gestore, per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni<sup>161</sup>.

Nei confronti della pubblica amministrazione (ma parimenti l'azione potrebbe essere rivolta ai "concessionari di servizi pubblici"), l'ordinamento appresta una diversa forma di tutela che è volta non tanto al ripristino della relazione cooperativa tra il gestore e gli utenti, quanto al "recupero" della "corretta erogazione del servizio": si tratta del ricorso per l'efficienza dei concessionari di servizi pubblici previsto dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, di attuazione delle disposizioni dell'art. 4 della legge n. 15/2009. Presupposto per l'esercizio dell'azione è costituito "dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore" e ciò cagioni "una lesione diretta, concreta ed attuale" di "interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei" di cui sia titolare una "pluralità di utenti e consumatori".

Ora, verrebbe da domandarsi se il pregiudizio patito dagli utenti per effetto del malfunzionamento, *sub specie* della soluzione di continuità del servizio pubblico, possa esser "ripristinato" per il tramite del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.

Indipendentemente dal rilievo che ciò costituirebbe un inadempimento dell'affidatario ad un obbligo scaturente dal contratto di servizio<sup>162</sup>, si tratterebbe, infatti, di una violazione di un "obbligo" contenuto nella Carta dei servizi.

---

di una parte *comune*, che copra le questioni giuridiche in fatto e in diritto sulla cui base il giudice può addivenire ad una pronuncia di condanna generica una volta che sia stata accertata la responsabilità del convenuto (che costituisce, in sostanza, l'*an*) e una *differenziata*, seppur eventuale, che possa coprire le questioni dalle quali dipende l'estensione della responsabilità, vale a dire alle quali si lega la determinazione della somma dovuta (che costituisce, in sostanza, il *quantum*), non pare, d'altro canto, potersi infirmare la soluzione data nel testo.

<sup>161</sup> Di non poco momento deve essere pure il rilievo da attribuirsi, ai sensi dell'art. 25 dello schema di T.u. servizi pubblici locali di interesse economico generale (ma v. già l'art. 23, co. 2, lett.b), alla soluzione *extragiudiziale* delle controversie (la previsione, invero, fa parola de *la violazione di un diritto o di un interesse*, potendosi con riguardo all'esatta portata di quest'ultimo esprimersi non poche perplessità) presso *gli organismi e in base alle procedure* di cui agli artt. 141-*bis* e ss. cod. cons.

<sup>162</sup> Già CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, III ed., Bologna, Monduzzi ed., 2001, 961, rileva che "l'eventuale

Più problematico appare stabilire se ricorra la lesione di “*interessi giuridicamente rilevanti*”. In disparte la dibattuta natura di tali *interessi*<sup>163</sup>, non parrebbero esserci dubbi sull’acquisita giuridica rilevanza del principio di continuità. La codificazione all’interno del recente T.u. partecipate (e nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale) pare, infatti, confermare il convincimento, già ricavabile attraverso l’esame della normativa precedente e dello sguardo sistematico che si è cercato di offrire, del rilievo giuridico dell’interesse degli utenti al godimento di un servizio regolare e senza interruzioni in quanto funzionale alla realizzazione di beni diversi, di rilievo costituzionale, quale, tra l’altro, proprio il buon andamento della pubblica amministrazione (che dovrebbe costituire l’obiettivo finale della c.d. *class action* amministrativa); potendosi, in conclusione, predicare, pur se non constano precedenti in tal senso<sup>164</sup>, l’azionabilità del rimedio.

## **5. Il trade off tra efficienza ed equità e la concorrenza dei moderni.**

L’esame, con tutti i limiti che rivengono da una prima lettura, delle disposizioni appena emanate e dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale impone di tracciare alcune considerazioni conclusive che permettano, si spera, di dare un contributo alla soluzione di quegli interrogativi che sono stati posti sin dalla premessa.

L’esame dell’evoluzione normativa consente, infatti, di svolgere alcune brevissime considerazioni, che pur sottese al ragionamento condotto nelle pagine precedenti, meritano ora di essere puntualizzate: a) i servizi pubblici locali di interesse economico generale costituiscono un mercato (o *rectius* il singolo mercato che volta a volta si considera); b) tale mercato è, pena la violazione del diritto interno e dell’Unione europea, concorrenziale.

---

*ingiustificata interruzione del servizio può comportare provvedimenti negativi nei confronti dei soggetti incaricati dell’espletamento del servizio e, sotto altro riguardo, la pronuncia di decadenza (che è provvedimento con contenuto sanzionatorio) dall’affidamento a carico dei concessionari”.*

<sup>163</sup> Per la tesi secondo cui attraverso tale formula si sia inteso dar ingresso alla tutela di interessi non necessariamente qualificabili alla stregua di diritti soggettivi o interessi legittimi, anzi si offrirebbe tutela a meri interessi di fatto che, seppur indirettamente, acquisterebbero, per tal via, maggior valore e un ben diverso peso giuridico: cfr. ZINGALES U.G., *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 246 ss.; MARCIANÒ A., *L’azione di classe amministrativa e gli orientamenti desumibili dalle prime applicazioni amministrative*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 145 ss. *Contra* per l’opinione che considera l’azione per l’efficienza della pubblica amministrazione un ulteriore strumento di tutela dell’interesse legittimo v. VERNILE S., *Verso un’amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1519; per la qualificazione in termini di “*interessi legittimi individuali ma plurimi*” FIDONE G., *L’azione per l’efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull’atto a quello sull’attività*, Torino, 2011, 204 ss.

<sup>164</sup> Per un bilancio circa il ricorso a tale istituto cfr. FELLETI L., *I primi cinque anni della class action amministrativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 53 ss.

La prima affermazione non è affatto scontata. Il quadro storico tracciato sopra ha offerto la dimostrazione di come quelli che oggi la comunità locale considera servizi pubblici e per i quali è disposta a pagare un corrispettivo, in passato erano in molti casi prestate in via autoritativa e/o offerti ad un prezzo notevolmente inferiore al costo dei fattori impiegati per produrlo. Naturalmente, ancor oggi vi sono, lo si è visto, servizi per i quali il cittadino/utente non paga alcun corrispettivo, ma ne fruisce gratuitamente (salvo, naturalmente, il prelievo a carico della fiscalità generale) e non deve apparire troppo singolare come pure per i servizi sociali si cominci a parlare della creazione di un mercato<sup>165</sup>.

Per i servizi pubblici locali aventi carattere economico, l'effetto sortito dall'intervento statale è stato, proprio, quello di istituire il mercato lì dove il mercato non c'è (anche se ciò non comporta *tout court* l'adesione ad una delle opzioni sopra riportata relativa all'ordine giuridico del mercato). La creazione del mercato è stata, in particolare, imposta dalla necessità di un recupero di rendimento in settori che registravano sprechi ed inefficienze ormai non più sostenibili attesa la dimensione sovranazionale (europea e globale) con la quale il paese ha dovuto fare i conti.

Invero, com'è stato autorevolmente notato<sup>166</sup>, la parola mercato è una mera sintesi verbale che necessita di aggettivi qualificativi per essere definita. Segnatamente, attraverso una riscoperta del valore di sistema dell'art. 41 Cost. e per effetto delle già analizzate disposizioni cogenti a livello comunitario (prima l'art. 90 Trattato CEE, oggi l'art. 106 TFUE), si è affermata la consapevolezza che il libero dispiegarsi delle forze economiche avrebbe consentito, anche nel settore che occupa, il raggiungimento di più elevati livelli di benessere per la collettività.

Del resto, il consolidarsi del confronto competitivo tra le imprese non costituisce un "valore in sé", ma, al contrario, dovrebbe essere funzionale alla realizzazione di obiettivi, *lato sensu*, solidaristici; ciò è imposto non solo dalle norme presenti già all'interno della nostra Costituzione (si pensi all'art. 2 e all'*utilità sociale* e ai *fini sociali* di cui, rispettivamente, al co. 2 e 3 dell'art. 41 Cost.), ma più in generale dall'affermarsi del modello, recepito dall'art. 2, paragrafo 2, TUE, di un'*economia sociale di mercato altamente competitiva*.

Un simile modello economico affida ai pubblici poteri il compito di perseguire il benessere delle persone non solo tenendo in vita un'economia di mercato efficiente, ma garantendo una serie adeguata di beni pubblici (cioè di beni messi a disposizione di tutti, senza alcun corrispettivo) e di

---

<sup>165</sup> Si rinvia allo studio di CIVITARESE MATTEUCCI S., *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, 179 ss. Con particolare riferimento all'affidamento diretto del servizio di trasporto degli infermi ad associazioni *no profit* v. la recente Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2014, causa C-113/13, in *Dir. comm. inter.*, 2015, 809 ss., con nota di GRECO G., *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*.

<sup>166</sup> CASSESE S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.

servizi pubblici (vale a dire beni o servizi messi a disposizione di tutti dietro pagamento di un corrispettivo equo, socialmente accettabile, senza discriminazioni fra i diversi utenti)<sup>167</sup>.

Ciò, principalmente, è possibile – se l’obiettivo avuto di mira consiste, per l’appunto, nella coesione sociale<sup>168</sup> – attraverso la previsione del servizio universale che consente la soddisfazione di bisogni che altrimenti il mercato, per ragioni di convenienza, lascerebbe insoddisfatti o, più in generale, mediante obblighi di servizio pubblico. Nella logica dell’impresa, è ragionevole considerare siffatti “comportamenti” antieconomici, donde la necessità di compensare tali oneri<sup>169</sup>.

Parrebbe, tuttavia, contraddittorio l’orientamento giurisprudenziale che – proprio per evitare alterazioni del mercato concorrenziale (considerando che sovente l’effetto compensativo è stato raggiunto per il tramite del riconoscimento di diritti esclusivi o speciali) – ha interpretato siffatte misure, in un primo tempo considerate solo compensatorie, come un aiuto di Stato o comunque un vantaggio ai sensi dell’art. 107 TFUE (all’epoca art. 87) che poteva giustificarsi solo in forza dell’art. 106, par. 2, già esaminato. Cercando di compendiare i risultati di un percorso applicativo durato quasi un ventennio, si potrebbe ritenere che i quattro criteri elaborati dalla sentenza *Altmark*<sup>170</sup>, come interpretati dal Pacchetto *Almunia* (2011)<sup>171</sup>, costituiscano a tutt’oggi un punto

---

<sup>167</sup> In questi termini LIBERTINI M., A “*highly competitive social market economy*” as a founding element of the european economic constitution, in *Conc. e merc.*, 2011, 491 ss., e ID., *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014, 51; DE PASQUALE P., *L’economia sociale di mercato nell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, 265 ss., individua proprio nella tutela dei diritti sociali e nella salvaguardia dell’ambiente le linee direttrici lungo le quali l’economia sociale di mercato si sostanzia e si sviluppa. In termini più generali, v. il recente contributo di TOFFOLETTO A., *Note minime a margine di Laudato si’*, in *Società*, 2015, 1203 ss.

Tuttavia, CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, 4, rileva come sinora si sia individuato il “denominatore comune dei modelli sociali nazionali” e sembrerebbe solo avviato il processo di determinazione di standard comuni di tutela sociale; infatti, l’analisi dei diversi sistemi nazionali dello “Stato sociale” dimostrerebbe che tutti gli ordinamenti nazionali prevedono, da un lato, meccanismi redistributivi universali per ridurre esclusione sociale e povertà e, dall’altro, meccanismi di tutela per le “vicende del lavoro”, ma, anche se tutti gli ordinamenti prevedono forme di protezione sociale, quest’ultima assumerebbe diverse connotazioni ed intensità, se orientata alla tutela universale dei cittadini o a quella prioritaria del lavoro/occupazione.

<sup>168</sup> Di particolare interesse è l’approfondimento del rapporto tra coesione sociale e concorrenza, pur se non nello specifico ambito che occupa, di LIBERTINI M., *Concorrenza e coesione sociale*, in *ODC-Rivista*, 3/2013.

<sup>169</sup> Proprio in un’ottica aziendalistica cfr. LOFFREDO E., *Attività economica e atti antieconomici nell’esercizio dell’impresa*, in *ODC-Rivista*, 3/2014. V’è da rilevare che a differenza di quanto opinato a proposito dell’economicità delle partecipazioni statali (v. *supra*), il diritto dell’Unione europea parrebbe, come si cerca di evidenziare nel testo, presupporre la possibilità di trarre dal mercato in cui l’ente opera i ricavi necessari all’equilibrio economico.

<sup>170</sup> Si tratta della sentenza 24 luglio 2003, C-280/00, in *Foro amm. CDS*, , 3219 ss., con nota di SCOTTI E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, con la quale è stato stabilito che “un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico”, come tale escluso dall’obbligo di previa notifica, quando ricorrano le quattro seguenti condizioni: “a) l’impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell’adempimento di obblighi di servizio pubblico, chiaramente definiti; b) i parametri per il calcolo della compensazione devono essere

fermo nella qualificazione di una misura come aiuto di Stato, mentre l'articolo 106, par. 2, TFUE rimane la base per definire la compatibilità delle compensazioni finanziarie che non soddisfano tutti e quattro i detti criteri<sup>172</sup>.

Invero, la previsione di simili condizioni - con la conseguente applicazione della metodologia del c.d. costo netto evitato, vale a dire il riconoscimento, quale compensazione della differenza tra il costo netto per il fornitore del servizio e il costo netto del medesimo fornitore in assenza dell'obbligo - ci consegna un modello nel quale, evitando sovracompensazioni, si promuove un atteggiamento non solo efficiente dell'eventuale *incumbent*, se la prestazione di quel determinato servizio sia stata oggetto di esclusiva o di un diritto speciale, o dell'affidatario, ma altresì l'ampliamento della pleora degli operatori di quel determinato mercato (*ergo* il confronto competitivo tra i medesimi).

Il risultato non cambia se, come si prevede(va) nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale (art. 6), il perseguimento di un simile obiettivo venga raggiunto – anziché mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel mercato o l'attribuzione dell'obbligo di servizio all'operatore economico al quale venga affidata la gestione – per il tramite del riconoscimento agli utenti di vantaggi economici o titoli da

---

*previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; c) la compensazione non può eccedere quanto necessario per compensare(interamente o in parte) gli oneri di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un «margine di utile ragionevole»; d) la scelta dell'impresa incaricata del servizio pubblico va effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al «costo minore per la collettività»; in assenza di siffatta procedura, l'ammontare della compensazione va determinato con riferimento ai costi di «un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi», tenuto conto dei relativi introiti nonché di un «margine di utile ragionevole»* (virgolettati nella pronuncia). I giudici lussemburghesi adottano così un criterio, seppur temperato dalla presenza delle citate condizioni, intermedio tra quello compensatorio e quello dell'aiuto di Stato, emersi, come detto, nell'orientamento giurisprudenziale precedente.

Per un esame di quest'ultima e dell'evoluzione successiva si rinvia a CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 167 ss.; GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., 631 ss.; IANNONE C., *Gli aiuti di Stato in favore delle imprese pubbliche e le regole nazionali applicabili al loro stato di crisi*, in *Dir. un. eur.*, 2012, 263 ss.; LO SCHIAVO G., *Dalla giurisprudenza Altmark all'adozione del pacchetto "Almunia". Chiarimenti sulla portata delle compensazioni concesse per la prestazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2012, 1247 ss.

<sup>171</sup> Si tratta del Pacchetto finale di misure adottato dalla Commissione il 20 dicembre 2011 il quale comprende tre documenti - la Comunicazione, la Decisione e la Disciplina - mentre, com'è noto, il Regolamento *de minimis* è stato adottato successivamente (Reg. (UE) n. 360/2012 della Commissione del 25 aprile 2012). Tali documenti sono stati adottati in concomitanza con lo spirare del termine di efficacia del precedente Pacchetto *Monti-Kroes* (2005), già adottato per tracciare delle linee guida per gli interpreti a fronte dell'atteggiamento, altalenante, della giurisprudenza. Per una descrizione dei contenuti analitici del nuovo pacchetto di regole v. BRUZZONE G. e SEBASTIANI M., *Aiuti di Stato e servizi pubblici locali*, in VIGNERI A. e SEBASTIANI M. (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, cit., 351 ss.

<sup>172</sup> Com'è noto, però, per il solo settore dei trasporti trova applicazione, quale *lex specialis*, la regola dell'art. 93 TFUE a mente del quale *«sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalla necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio»*.

utilizzare per la fruizione del servizio. Quest'ultima opzione, piuttosto, consentirebbe non solo di avvicinare le tariffe dei servizi ai prezzi di un virtuale mercato di concorrenza<sup>173</sup>, ma in definitiva di valorizzare il ruolo proattivo dell'utente, la cui libertà di scelta svolgerebbe la funzione di incanalare la produzione nella direzione voluta dai bisogni spontanei delle persone<sup>174</sup>.

In generale, si badi, il protagonismo dell'utente non comporta una rivoluzione copernicana della nozione di concorrenza come elaborata da autorevole dottrina<sup>175</sup>; al contrario, pure nel mercato dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, i pubblici poteri dovrebbero intervenire promuovendo e tutelando il processo dinamico del "gioco della concorrenza" tra le imprese: la tutela della concorrenza, pur orientata al benessere collettivo, si riferisce, infatti, al processo dinamico della competizione fra imprese.

Certamente, la transizione, nella materia che occupa, dall'attività al soggetto non è scevra da difficoltà. Discorrere, infatti, di confronto competitivo lì dove un mercato concorrenziale sino a qualche tempo fa era inimmaginabile, sarebbe, senza le opportune precisazioni, in aperta contraddizione proprio con la fenomenologia dell'intervento pubblico in economia come sinora conosciuta, anzi comporterebbe il rischio del ritorno dei più volte citati fallimenti del mercato.

Per aversi, infatti, un contraddittorio ad armi pari tra i diversi competitori non è soltanto necessaria la creazione di un mercato attraverso, perlomeno, la previsione del vaglio concorsuale

---

<sup>173</sup> Si tratta, come osservato da TRIMARCHI BANFI F., *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss., di estendere l'applicazione del metodo della regolazione economica secondo i criteri della legge 481/1995 recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità".

<sup>174</sup> Secondo LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 40, spec. nt. 83, infatti, la "sovranità del consumatore" sarebbe "parte integrante del modello di economia di mercato accolto nel diritto europeo, sicché gli interessi dei consumatori (libertà di scelta e interessi patrimoniali) possono considerarsi come interessi direttamente tutelati dalle norme a tutela della concorrenza".

<sup>175</sup> Il riferimento è, anche in questo caso, a LIBERTINI M., voce "Concorrenza", in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 191 ss. (ma analoghe considerazioni sono svolte pure in ID., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 2 ss.), il quale elabora una nozione di concorrenza - in passato ritenuta autoevidente - c.d. dei moderni. Secondo l'A., mentre nella concezione originaria "tutela della concorrenza" e "tutela della libertà (individuale) di iniziativa economica" coincidevano e la concorrenza, come bene meritevole di tutela giuridica, veniva concepita come una condizione di naturale equilibrio dei mercati; nell'ultimo mezzo secolo, sulla scorta dell'elaborazione dell'ordoliberalismo tedesco, si affermano almeno tre mutamenti paradigmatici: "la concorrenza non è più vista come un ordine "naturale", bensì come un ordine "costruito" dal potere pubblico in base a propri giudizi di valore"; "la concorrenza da tutelare non è vista come uno stato di equilibrio ideale (come tale, in effetti, irraggiungibile, e perfino non auspicabile, perché corrisponderebbe ad una situazione di economia perfettamente statica), bensì come un processo dinamico"; "la concorrenza da tutelare non è più vista come un libero gioco di scelte e volontà individuali, bensì una libera competizione fra imprese".

per l'accesso al mercato medesimo (concorrenza per il mercato), ma occorre, prima di tutto, realizzare una completa separazione tra le funzioni di assunzione, di regolazione e di gestione<sup>176</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, i problemi maggiori si pongono proprio nell'ipotesi in cui sia l'ente locale, che ha istituito il servizio, a costituire o a partecipare al capitale della società affidataria del servizio medesimo.

In linea di principio, il legislatore configura, come detto, nell'art. 2 del T.u. partecipate l'intervento dei pubblici poteri nel mercato dei servizi pubblici locali in termini di sussidiarietà rispetto alla iniziativa dei privati o di altri organismi che offrano già o intendano prestare un determinato servizio. Si tratta di una scelta, eminentemente, politica nel senso che l'ente locale, per il tramite dei suoi organi rappresentativi, dovrebbe farsi interprete delle istanze dei cittadini, ma conviene abbandonare questo tracciato dato che potrebbe condurre a riflessioni non precipuamente giuridiche.

Pare più opportuno soffermarsi, allora, sulla problematica inizialmente esposta (v. *supra sub* § 1) relativa alla libertà d'iniziativa dello Stato e degli enti locali. In passato – si è cercato di dimostrarlo attraverso un breve resoconto della partecipazione dei pubblici poteri alle vicende economiche –, l'istituzione di enti pubblici economici o la partecipazione a società pare essere stata mossa dal perseguimento di obiettivi, sovente, contingenti e raramente dalla realizzazione di quelle

---

<sup>176</sup> Tale regola (pure mutuata dal diritto comunitario) ha costituito, per lungo tempo, una delle principali pastoie allo sviluppo in senso imprenditoriale dei servizi pubblici locali: v. già in tal senso ARRIGONI R., *Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 87 ss.; poi, la segnalazione 28 dicembre 2006, n. AS375 dell'AGCM, in *Foro it.*, 2007, 226, nella quale si legge che “*le condizioni alle quali è consentito agli enti locali di erogare direttamente i servizi ed evitare il ricorso al mercato e il confronto previsto dalla gara sono da interpretarsi e applicarsi in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettiva situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento ... determina in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere nel contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima*” e, da ultimo, l'*Audizione presso la Camera dei Deputati dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato* sullo schema di decreto legislativo - resa in data 13 luglio 2016 e reperibile al sito [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) - ove, significativamente, si fa notare come “*tanto la concorrenza nel mercato, quanto quella cosiddetta per il mercato, che si esplica nella fase di partecipazione alle gare per l'affidamento delle gestioni, hanno avuto una rilevanza molto residuale, spiegabile in ragione del controllo economico e politico che gli enti tendono a conservare sulle attività economiche in generale e su quelle identificate come servizio pubblico, in particolare. Tale risultato è dovuto al fatto che tanto più ci si avvicina agli interessi locali tanto più aumentano i rischi di “cattura” del regolatore da parte del gestore. Inoltre, la presenza preponderante nel settore di società a partecipazione pubblica locale ha implicato che le gare, anche là dove sono state indette, hanno visto l'amministrazione giocare un doppio ruolo: quello di banditore e di soggetto partecipante alla competizione, con tutte le conseguenze che ciò può comportare in termini di conflitto di interessi*”. In una prospettiva aziendalistica, cfr. il contributo di CAPALDO P., *L'azienda. Centro di produzione*, Milano, 2013, 522.

Nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, sono plurimi gli indici normativi che ne certifica(va)no l'avvenuta codificazione: cfr., tra gli altri, artt. 9, co. 4 e 5, 12, 18 e 19.

finalità, p.e., di *omogeneità dello sviluppo* e *coesione sociale* le quali sono a tutt'oggi richiamate nel T.u. partecipate (e nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali).

Ma, v'è di più. L'art. 4 del T.u. in materia di società a partecipazione pubblica, al comma primo, espressamente enuncia che *“le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni o di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*, mentre al secondo comma, si legge che *“nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento di ... a) produzione di un servizio di interesse generale ...; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche ...; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato ...; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti ...; e) servizi di committenza ... apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro...”* (corsivo di chi scrive).

A ben vedere, una norma dal tenore letterale praticamente speculare già esiste nel nostro ordinamento (si tratta dell'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007<sup>177</sup>) e gli effetti preclusivi della costituzione o partecipazione di enti in società non sono stati pressoché raggiunti<sup>178</sup> e probabilmente le sorti non saranno differenti neppure per la norma poco sopra citata<sup>179</sup>. A livello generale, deve, in ogni caso, constatarsi la difficoltà di ordine logico nell'ammettere, stante la presenza di un inequivoco dato positivo, una vera e propria libertà d'iniziativa nella selezione delle finalità (e delle attività) che i pubblici poteri intendano realizzare mediante l'intervento in economia (v. *Riflessioni conclusive*).

---

<sup>177</sup> Tale disposizione è passata indenne dal vaglio di legittimità costituzionale (v. Corte cost. 8 maggio 2009, n. 148, in *Giur. cost.*, 2009, 1606B ss. con nota di BOTTINO G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*), sottolineandosi in quell'occasione che la norma sia stata dettata a tutela della concorrenza, costituendo, quindi, legittima espressione della potestà legislativa statale, e che essa abbia l'effetto di limitare in termini ragionevoli la libertà d'iniziativa economica degli enti pubblici, fondandosi sulla *“distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici”*. Successivamente, il Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10 in *Foro amm. CDS*, 2010, 140 ss. ha ritenuto tale norma *“espressione di un principio di carattere generale che era immanente nell'ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva”*.

<sup>178</sup> In termini analoghi, proprio con riguardo alla norma richiamata, cfr. MARCHESI D., *Riordino delle partecipate degli enti locali, criticità, possibili policy, interventi in atto*, in *AGE*, 2015, 345-346.

<sup>179</sup> Basti considerare la rapida espansione dei ruoli e delle competenze di Cassa depositi e prestiti S.p.A. Per una sintesi, anche in considerazione delle peculiarità di CDP, si rinvia a DONATO A., *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *AGE*, 2015, 367 ss.



Con riguardo ai servizi pubblici locali d'interesse economico generale, una simile finalità è stata, oramai, codificata e parrebbe, così, pacifica la legittimità di una opzione delle pp. aa. a favore della costituzione di un ente in forma societaria per la gestione dei servizi medesimi.

Si aprirebbe, dunque, una breccia nella direzione del riconoscimento di un'autonoma iniziativa la cui portata, però, va certamente delimitata soprattutto ove si consideri il diverso piano della scelta dei mezzi, *rectius* delle modalità di gestione, idonei al perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico.

## PARTE II

### I SOGGETTI

**SOMMARIO:** 1. IL FENOMENO DELL'AUTOPRODUZIONE: MODELLO GENERALE ALTERNATIVO ALLA GARA O MODELLO "ECCEZIONALE"? - 2. LA SOCIETÀ *IN HOUSE PROVIDING*: IL CONTROLLO ANALOGO E IL DIRITTO SOCIETARIO. - 3. BREVI CENNI SULL'AMMISSIBILITÀ DI STRUMENTI DI DIRITTO PUBBLICO NELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: L'AZIENDA SPECIALE. - 4. LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE MISTA PUBBLICO - PRIVATA: IL SOCIO PRIVATO.

#### **1. Il fenomeno dell'autoproduzione: modello generale alternativo alla gara o modello "eccezionale"?**

Il problema della libertà nella scelta dei mezzi attraverso i quali perseguire il fine d'interesse pubblico si pone, ragionevolmente, con riguardo alla scelta se autoprodotte i beni o i servizi oggetto del servizio pubblico locale di interesse economico generale o, come già rilevato, procedere all'affidamento dello stesso ad un soggetto esterno all'amministrazione<sup>180</sup>; costituisce, poi, un problema da risolvere secondariamente quello relativo alla forma organizzativa in cui può esprimersi l'autoproduzione pubblica (c.d. società *in house providing* e azienda speciale).

Il fenomeno dell'autoproduzione non è nuovo, come visto poco sopra, all'esperienza dell'intervento pubblico nell'economia, soprattutto in quel peculiare ambito costituito dai servizi pubblici ove intere categorie di beni o di servizi sono state avocate ai pubblici poteri e, per l'effetto, creati monopoli, per l'appunto pubblici.

Potrebbe apparire quasi sorprendente, però, che quelle spinte, provenienti dal diritto comunitario, volte alla creazione o all'apertura del mercato e comunque, per certi versi, intervenienti su tale profilo (si veda l'esaminato art. 106 TFUE), abbiano lasciato pressoché impregiudicata la questione relativa alla libertà per la p.a. di poter optare per l'esternalizzazione o mantenere la produzione nel suo stesso seno<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> La portata del problema ai fini del presente scritto va, in ogni caso, ridimensionata (ma non per questo eluso) in quanto, per dirlo con le parole di TAR Roma, sez. 3 *ter*, 10 marzo 2015, n. 3972, in *Dejure*, "le più rilevanti questioni concernenti l'alternativa ricorso al mercato-auto-produzione si pongono con riferimento non già alle società esercenti i c.d. "servizi di interesse generale" (nozione di matrice europea, ritenuta generalmente coincidente con quella di servizi pubblici), di norma affidati attraverso concessioni, ma a quelle che producono beni o servizi a vantaggio dell'amministrazione, in relazione alle quali la normale fungibilità dei "prodotti" ne rende possibile l'approvvigionamento attraverso il ricorso al mercato" (virgolettato nella pronuncia).

<sup>181</sup> Diversi sono gli Autori che propendono per questa tesi: CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; IAIONE C., *Le società in house degli enti locali*, cit., 20 ss.; CASALINI D., *L'alternativa tra mercato e auto-produzione di beni e servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 1158 ss.; MONZANI S.,

Svariati sarebbero gli indici che farebbero propendere per una simile conclusione. Si ponga mente, innanzitutto, al già richiamato principio – oggi consacrato nell’art. 345 TFUE – di neutralità dell’Unione circa la natura pubblica o privata delle imprese e gli interventi che le autorità nazionali adottano in relazione all’assetto proprietario delle stesse.

Ancora, quanto alla *soft law* comunitaria, si pensi al Libro Verde sui partenariati pubblico-privati che ha chiarito che la scelta di esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici compete “esclusivamente” alle autorità pubbliche<sup>182</sup>. D’altra parte, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia – conformemente alle conclusioni, in alcuni casi fin troppo espansive, dell’Avvocatura generale<sup>183</sup> – parrebbe avallare quest’orientamento quando afferma che “*la pubblica*

---

*Controllo “analogo” e governance societaria nell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali, cit.*, 80 ss.; TRIMARCHI BANFI F., *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 339 ss.; (nel senso che tale prospettiva tuteli maggiormente l’utente) FRACCHIA F., *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, pt. V, col. 106; LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *RDS*, 2012, 199 ss.; più di recente, VOLPE C., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l’In House Providing: problemi vecchi e nuovi*, in *www.giustamm.it*, 2015; PECORARO C., *Il controllo sulla società in house secondo le nuove Direttive sugli appalti pubblici e sull’aggiudicazione di concessioni*, in *Relazione al VII Convegno Orizzonti del Diritto commerciale*, 2016.

In giurisprudenza, tra le statuizioni più recenti, si segnalano: TAR Brescia, sez. II, 17 maggio 2016, n. 639 e 9 maggio 2016, n. 691, ambedue in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in *Foro amm.*, 2014, 2295, oggetto di annotazione in GENTILE E., *L’in house providing come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici e la cooperazione verticale istituzionalizzata*, in *Foro amm.*, 2015, 1086 ss., la quale cita pure Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5080, e TAR Lecce, sez. II, 1 dicembre 2014, n. 2986, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*. Nelle citate pronunce si legge, in termini pressoché analoghi, a proposito dell’*in house providing* che esso sarebbe “*espressione di un principio generale riconosciuto sia dal diritto dell’Unione che dall’ordinamento nazionale: trattasi, segnatamente, del principio di auto-organizzazione amministrativa o di autonomia istituzionale, in forza del quale gli enti pubblici possono organizzarsi nel modo ritenuto più opportuno per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni necessarie alle loro finalità istituzionali. Come precisato dalla giurisprudenza l’affidamento diretto - lungi dal configurarsi come un’ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse*”.

<sup>182</sup> Cfr. il punto 17 del Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni della Commissione europea 30 aprile 2004, COM (2004) 327, nel quale si legge che “*infatti, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo all’opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo*”. Va detto che a sostegno del riconoscimento del principio di auto-organizzazione si richiama, pure, la Carta europea delle autonomie locali firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985, ratificata ed eseguita con legge 30 dicembre 1989, n. 439.

<sup>183</sup> Molto note sono le parole utilizzate dall’Avvocato generale J. Kokott nelle Conclusioni presentate il 1 marzo 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punti 70-71, secondo cui “*se si applicasse la disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti anche a negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate al 100%, le forme giuridiche di diritto privato della società per azioni o della società a responsabilità limitata non potrebbero essere più utilizzate ai fini di una mera riorganizzazione interna. Al relativo ente resterebbe soltanto l’alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l’esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi*

*amministrazione rimane senz'altro libera di svolgere i suoi compiti con mezzi propri, ossia di assolvervi direttamente, senza ricorrere affatto alle prestazioni di imprese - pubbliche o private - giuridicamente autonome”<sup>184</sup>.*

Più di recente, potrebbe aggiungersi pure il riferimento ai *considerando* contenuti nelle direttive 2014/23/24/25/UE, rispettivamente sui contratti di concessione, sugli appalti pubblici generali e sugli appalti nei settori speciali<sup>185</sup>. A titolo esemplificativo, il quinto *considerando* che precede le disposizioni della direttiva 2014/24/UE afferma espressamente che “*la presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura, delegandola a terzi*”<sup>186</sup>.

---

*amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia ... Tuttavia, un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni non sarebbe affatto necessario neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti. Difatti, lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniqualvolta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella ratio della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazione «di straforo» anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri; a questo scopo sarebbe necessario che il legislatore compisse passi più concreti verso la liberalizzazione”.*

<sup>184</sup> Un'affermazione di questo genere si ritrova in molteplici pronunce dei giudici di Lussemburgo a cominciare, benché in maniera non esplicita, dalla sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Viano*, causa C-107/98, in *Contr.*, 2000, 297 ss., con nota di SIMONE P., *Appalti pubblici: contratto misto e possibile esenzione applicative delle norme CE*, punto 50. Successivamente, è possibile riscontrare un'adesione espressa al detto orientamento nella sentenza 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau*, punti 48 e 49, tra gli altri, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2005, 992 ss., con nota di FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle* e in *Dir. comm. inter.*, 2005, 167 ss. con nota di FERRANDO S., *Disciplina comunitaria degli appalti pubblici e affidamento diretto a società miste: la partecipazione minoritaria dell'investitore privato esclude il controllo analogo della pubblica amministrazione*, e, tra quelle più recenti, nella sentenza 8 maggio 2014, C-15/13, *Universität Hamburg*, punto 25, in *Giur. it.*, 2014, 1325, con osservazioni di CANFORA I.

<sup>185</sup> Per un primo commento, con particolare riferimento alla materia dell'*in house providing*, a tali provvedimenti cfr. LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 528 ss.; VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2015, 198 e ss.; CAPRARA A., “*In house providing*” e mercato, in *AGE*, 2015, 515 ss.; mentre, in generale, v. i commenti di diversi AA. in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1135 ss., e MARTINES F., *La direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015.

<sup>186</sup> Di tenore letterale analogo sono il settimo *considerando* della direttiva 2014/25/UE e il quinto *considerando* della direttiva 2014/23/UE; il *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche* costituisce, poi, la rubrica dell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE (ma v. *infra sub* nota 199). Secondo MAMELI B., *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, in *Giur. it.*, 2014, 7 ss., “*l'attuale contesto normativo trasforma la deroga degli affidamenti diretti*

Spostando l'angolo visuale al diritto interno, la riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione sembrerebbe aver rafforzato la capacità auto-organizzativa dei singoli enti locali: l'attribuzione ai comuni e alle città metropolitane del rango di “enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione” (art. 114, co. 2, Cost.), l'attribuzione della potestà regolamentare “in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite” (art. 117, co. 6, Cost.) e l'affermazione, a livello costituzionale, del principio di differenziazione nonché quello di sussidiarietà (art. 118 Cost.), condurrebbero a ritenere che essi possano decidere di produrre talune prestazioni mediante i propri uffici o enti, per l'appunto, “domestici”.

Inoltre, la scelta di un ente pubblico a favore dell'autoproduzione dovrebbe considerarsi legittima alla luce dell'eguale diritto riconosciuto dalla legge *antitrust* (art. 9) ai privati<sup>187</sup>.

Gli argomenti menzionati, seppur pregevoli, non sembrano decisivi al fine della soluzione dell'interrogativo posto in apertura.

Principiamo dal diritto comunitario: prospettare la libertà dei pubblici poteri nella scelta in punto di autoproduzione di determinati beni o servizi sortisce, come detto, l'effetto della creazione, in capo al soggetto affidatario in via diretta, di un diritto esclusivo o speciale. Paradossalmente,

---

*tra enti del settore pubblico da affermazione di origine giurisprudenziale a vera e propria modalità alternativa all'appalto pubblico nell'attuazione del Mercato unico” a tal punto che si delineerebbe “un nuovo ruolo pubblico nell'attuazione del Mercato unico che da derogatorio acquista un carattere di centralità. I soggetti pubblici godono della più ampia discrezionalità, sottratta a qualsiasi controllo di congruità e quindi ad obbligo di trasparente motivazione, nel valutare se operare mediante ricorso al mercato e applicare le direttive sugli appalti pubblici o servirsi di mezzi propri e prescindere dall'applicazione delle direttive”.*

<sup>187</sup> A tal proposito, è, però, lo stesso LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, cit.*, 206-208, ad ammettere che l'espressione “diritto di autoproduzione” non sia contenuta nell'art. 9 della legge *antitrust* che, invece, è scritto “in negativo” (il testo dice che l'istituzione di un monopolio legale non comporta il divieto di autoproduzione). Inoltre, l' A. sottolinea le incertezze che connotano la giurisprudenza con riguardo alla qualificazione di tale posizione in termini di interesse legittimo pretensivo (cfr. Cons. Stato, sez. II, 3 luglio 1996, n. 1177, in *Foro amm.*, 1996, 2648) o diritto soggettivo (v. Cass., sez. III, 24 gennaio 2000, n. 746, in *Giust. civ.*, 2000, 1007 ss., con nota di GRIGOLI M., *Sul diritto di produrre il servizio di battellaggio*; in dottrina MACARIO F., *sub art. 9*, in FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, cit.*, 791 ss., spec. 793 - 794; invece, UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., Padova, 2007, 2828 ss., nel senso che l'art. 9 “non attribuisce il diritto di fare alcunché, ma si limita a circoscrivere il perimetro di una data tipologia di riserve di attività”). Obietta, condivisibilmente, che la disposizione dell'art. 9 sarebbe inutilizzabile per giustificare le produzioni pubbliche di servizi di interesse economico generale e risulterebbe improprio e deviante se riferito all'*in house* VESSIA F., *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Dir. ind.*, 2008, 31 ss., ma v. già GIANNELLI G., *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, *cit.*, 265 ss., spec. 271-272, nel senso che la produzione per uso proprio si contrappone alla prestazione al pubblico di beni o di servizi in regime di monopolio.

questa opzione della p.a., benché l'affidatario in via diretta non sia esonerato *in toto* dall'applicazione delle regole pro competitive mercé il disposto di cui al citato art. 106 TFUE, potrebbe, se perpetuata *ad libitum*, cioè per tutto il mercato dei servizi pubblici locali, provocare la negazione della concorrenza intesa, secondo il significato qui privilegiato, come confronto dialettico tra imprese e alla quale l'ordinamento europeo s'ispira.

Ma, al di là di questa *reductio ad absurdum* (davvero difficile a realizzarsi), è la produzione giurisprudenziale della Corte di giustizia a dover catalizzare l'attenzione in quanto sembrerebbe essere mossa da un dissidio interno a dir poco preoccupante: da un lato, la proclamata, e sopra descritta, creazione di un mercato (pure nella sola forma della concorrenza per il mercato) su terreni, fino a qualche tempo fa, territorio di conquista delle sole amministrazioni pubbliche, dall'altro, per il tramite del riconoscimento della più ampia discrezionalità di queste ultime, la possibilità di frustrare il perseguimento di siffatto obiettivo.

Probabilmente, a ben guardare, le affermazioni dei giudici lussemburghesi possono prestarsi ad una lettura che, mutando, per dir così, le lenti, disveli una differente conclusione. Come rivela una recente pronuncia della Corte di Giustizia<sup>188</sup>, che ha affrontato, tra le poche, il problema relativo alla portata applicativa del principio di neutralità di cui all'art. 345 TFUE prima citato, tale presupposto non pare un appiglio così sicuro al quale poter far reggere l'intera impalcatura interpretativa.

In via pretoria, si è ritenuto, infatti, che la norma in commento non produca l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri alle norme fondamentali del TFUE tra cui, in particolare, quelle di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libertà di circolazione dei capitali. Ma, ciò che più interessa ai nostri fini, è la rilevanza attribuita alla possibilità che la libera circolazione dei capitali possa essere limitata da una normativa nazionale solamente laddove sia giustificata da uno dei motivi indicati all'articolo 65 TFUE, ovvero da motivi imperativi di interesse generale, tra i quali si annoverano non solo motivi di natura puramente economica, ma anche il

---

<sup>188</sup> Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia, Grand. sez., del 22 ottobre 2013, cause riunite da C-105/12 a C-107/12, *Essent e a.*, la quale è stata annotata, tra gli altri, da NEGRELLI A., *Le deroghe di natura economica alla libertà di circolazione sancite dal Trattato al vaglio della Corte di giustizia nel caso Essent*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2014, 199 ss.; SQUARATTI V., *I limiti imposti dal diritto dell'unione europea all'intervento pubblico nell'economia: la neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale*, in *Dir. comm. inter.*, 2014, 1073 ss.; DI BENEDETTO F., *Proprietà pubblica e imprese strategiche: riflessioni sul caso Essent*, in *Dir. comm. inter.*, 2015, 181 ss. La base giuridica sostanziale delle controversie instaurate avanti la Corte di giustizia è rappresentata dal c.d. *unbundling* delle reti energetiche imposto dalla Direttiva 2003/54/CE (in GUUE L 176 del 15 luglio 2003) e dalla Direttiva 2009/72/CE (in GUUE L 211 del 14 agosto 2009) che hanno disposto in ambito europeo la separazione della proprietà e gestione della rete distributiva di energia elettrica dalla prestazione del servizio di fornitura della medesima. Nello specifico, le controversie sono sorte in ragione delle previsioni in forza delle quali l'Olanda ha posto divieto di proprietà privata delle reti e dell'investimento privato nelle reti distributive dell'energia (c.d. divieto di privatizzazione).

mantenimento, per l'appunto, di equilibri concorrenziali nell'ambito di settori di interesse economico generale.

Pertanto, la concorrenza, proprio nell'ottica della tutela del consumatore, viene ritenuta prevalente sull'interesse, pur meritevole di tutela, a mantenere inalterata la potestà degli Stati membri in materia di assetti proprietari<sup>189</sup>.

Conseguentemente, se un'indicazione è possibile trarre dai Trattati, nell'elaborazione che ne ha fatto la giurisprudenza, questa va nel senso di un riconoscimento, quale principio fondamentale e, si potrebbe aggiungere, prevalente, della concorrenza, venendo depotenziata la portata, per dir così, sistematica, dell'altra affermazione relativa alla discrezionalità dei pubblici poteri nella scelta tra *outsourcing* e *providing in house*.

Seppur, come detto, costantemente ribadita dai giudici della Corte di giustizia, tale ultima circostanza non potrebbe condurre – né una simile affermazione si riscontra nelle pronunce in materia – all'assunto che la normativa, primaria e secondaria, dell'Unione europea imponga agli Stati membri di facultare le pubbliche amministrazioni ad esprimere una preferenza tra le predette opzioni né tantomeno che essa assurga al rango di principio.

In sostanza, avendo di mira l'obiettivo della graduale introduzione del confronto competitivo tra i diversi operatori, gli Stati membri possono, in forza della potestà legislativa in tale ambito riconosciuta, optare o per il recepimento del principio di auto-organizzazione amministrativa o per l'attenuazione di quest'ultimo mediante la previsione di una serie di limitazioni ad una siffatta libertà<sup>190</sup>.

Si tratta, chiaramente, di una scelta che pertiene al legislatore dei singoli Stati membri e, pertanto, se una soluzione al problema s'intende dare, questa va ricercata non in generiche affermazioni della giurisprudenza comunitaria, bensì nelle pieghe della produzione legislativa nazionale.

A tal proposito, benché si tratti di una norma, come già rilevato, che ha subito un percorso, a dir poco, travagliato e oramai non più vigente, pare che l'art. 23-*bis*, D.L. 25 giugno 2008, n. 112 conv. con mod. in L. 6 agosto 2008, n. 133, dimostri, senza dubbio, l'adesione del legislatore

---

<sup>189</sup> Cfr. punti da 50 a 58 della citata sentenza *Essent*.

<sup>190</sup> Una simile affermazione si ritrova, finanche, in alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa nostrana: si segnala, in particolare, la recente sentenza Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), nella quale si legge che “*se dunque l'affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio, l'esistenza di una sua disciplina normativa a livello comunitario (oggi contenuta nell'art. 12 della direttiva 24/2014/UE) ... consente tale forma di affidamento, ma non obbliga i legislatori nazionali a disciplinarla, né impedisce loro di limitarla o escluderla in determinati ambiti. La circostanza che un affidamento in house non contrasti con le direttive comunitarie non vuol dire che sia contraria all'ordinamento UE una norma nazionale che limiti ulteriormente il ricorso all'affidamento diretto*”.

domestico ad una ben precisa opzione. Quella norma, infatti, subordinava il ricorso alla gestione c.d. *in house* all'esistenza di restrittive condizioni: una “*adeguata pubblicità alla scelta*”, una motivazione condotta “*in base ad un'analisi del mercato*” (con contestuale trasmissione di “*una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo*”) e la sussistenza di “*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*”<sup>191</sup>.

La stessa Corte costituzionale<sup>192</sup> ha ritenuto, finanche, per certi versi, di recente<sup>193</sup>, legittima una siffatta previsione poiché esisterebbe un innegabile “*margine di apprezzamento*” del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario

---

<sup>191</sup> Non a caso, questa disposizione è stata definita da CATRICALÀ A., *Relazione Annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, Roma, 21 giugno 2011, l'unica riforma pro mercato di quella legislatura. Per avere un'idea dell'eccezionalità dei casi di deroga alle ordinarie procedure concorrenziali di affidamento della gestione del servizio - le cui condizioni, estremamente stringenti, sono state riscontrate in rarissimi casi - basti consultare la rassegna dei pareri rilasciati dall'AGCM: v., sul punto, CARUSO B., *I pareri dell'Agcm sull'affidamento «in house» (anno 2011) e gli ultimi sviluppi normativi in materia di liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Conc. mercato*, 2012, 159 ss., spec. 162 ss. Ma già in passato proprio l'AGCM si era espressa in tal senso con la citata segnalazione 28 dicembre 2006 n. As375 richiamata, pure, da VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, V ed., Milano, 2008, 343, per giustificare la necessità che le condizioni alle quali l'affidamento diretto vadano interpretate in senso restrittivo, facendovi ricorso solo quando “*non sia possibile o conveniente l'offerta di servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato*”.

<sup>192</sup> Si tratta della già citata sentenza 17 novembre 2010, n. 325, che, per i profili qui d'interesse, è stata oggetto di indagine da parte di LUCARELLI A., *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 243 ss.

<sup>193</sup> V., in particolare, la sentenza 12 marzo 2015, n. 32, in *Giur. cost.*, 2015, 339 ss., nella quale viene ribadito che: a) pur, a seguito delle vicende abrogative, “*alla materia dell'affidamento in house si deve ritenere applicabile la normativa e la giurisprudenza comunitarie ... senza alcun riferimento a leggi interne, non può sfuggire che la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale*”; b) attualmente “*il sistema normativo interno basato sull'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come modificato dall'art. 14 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della L. 24 novembre 2003, n. 326, induce a ritenere che i casi di affidamento in house, quale modello organizzativo succedaneo della (vietata) gestione diretta da parte dell'ente pubblico, debbono ritenersi eccezionali e tassativamente previsti*”. Tale affermazione giurisprudenziale pare ancor più rilevante non solo per l'autorevolezza dell'organo dal quale promana, ma soprattutto perché adottata nella vigenza di una norma, come l'art. 34, co. 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, la quale richiama, tra l'altro, proprio la “*sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo*”.



con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, qual è la tutela della concorrenza “nel” e “per” il mercato<sup>194</sup>.

Si tratta, ora, di verificare se pure dal recente T.u. partecipate (e dallo schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale) possano ricavarsi elementi utili ai fini dell'impostazione qui preferita.

Ad una prima lettura, sembrerebbe, in via di principio, preclusa ogni forma di intervento nel caso in cui un mercato sussista e funzioni correttamente: tale conclusione si ricava già dall'art. 2, co. 1, lett. h), ove, come già evidenziato, si ammette l'intervento pubblico o al verificarsi di un fallimento del mercato (“*non sarebbero svolti senza un intervento pubblico*”) o quando non sarebbero garantite quelle condizioni di “*accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*” funzionali al perseguimento degli obiettivi di “*omogeneità dello sviluppo*” e “*coesione sociale*”.

All'uopo, ancor più d'interesse parrebbero i principi generali ai quali il predetto schema di T.u. s'informa(va): non solo il principio di sussidiarietà nell'interpretazione che se n'è data poco sopra (v. *sub* parte I, § 3)<sup>195</sup> – anche se, come visto, un simile principio potrebbe prestarsi a letture ambivalenti –, ma soprattutto la “*concorrenza nell'affidamento dei servizi, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici locali di interesse economico generale*” (art. 4, co. 2) e, non ultimo, il principio di proporzionalità (l'art. 4, co. 4, aggiunge(va), forse non casualmente, “*nei limiti di quanto strettamente necessario per garantire le esigenze imperative di interesse generale*”) alla stregua del quale devono operare le amministrazioni e gli enti competenti all'organizzazione del servizio.

In ogni caso, quando una forma di autonomia viene riconosciuta (v. art. 7, co. 1, schema Tu. servizi pubblici locali, che riconosce(va) all'ente competente all'organizzazione l'*autonomia* di scelta tra le diverse modalità di gestione), i vincoli frapposti al ricorso alla gestione diretta lasciano seriamente dubitare che di libertà, *rectius* autonomia, si possa discorrere.

Infatti, l'obbligo, scolpito in termini abbastanza univoci, di dar conto della *necessità* della costituzione società per il perseguimento delle finalità istituzionali e, altresì, delle *ragioni* e delle *finalità* che giustificano tale scelta sul piano non solo “*della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria*”, ma soprattutto della “*gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato*” (art. 5, co. 1, T.u. partecipate), condurrebbero a ritenere che anche il legislatore del 2016

---

<sup>194</sup> Ne deriverebbe, sempre secondo la stessa Corte cost., che “*al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali - come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici - di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario*”.

<sup>195</sup> Ricorre alla sussidiarietà orizzontale per giustificare l'eccezionalità dell'autoproduzione VESSIA F., *Società in house providing vs concorrenza*, in *Relazione al VII Convegno Orizzonti del Diritto commerciale*, 2016.

abbia voluto innestarsi nel solco di scelte ordinamentali tendenti alla valorizzazione della competizione a detrimento del discrezionale ricorso all'autoproduzione<sup>196</sup>.

Inoltre, non va pretermessa la compromissione – sovente non adeguatamente valorizzata – di valori costituzionali che potrebbe ingenerarsi nell'ipotesi della scelta di ricorrere all'affidamento diretto a enti domestici.

Come in apertura sottolineato, se il comune o la città metropolitana optasse per la gestione diretta del servizio pubblico locale, a ciò conseguirebbe la chiusura di quel mercato all'ingresso di nuovi operatori, creandosi, per tale via, un regime monopolistico. Nella prima parte della presente trattazione, si è avuto modo di notare, invece, come già il Costituente (art. 43) si sia mosso con circospezione (dove la previsione della riserva di legge) quando si tratti di riservare o trasferire coattivamente le imprese che abbiano “*carattere di preminente interesse generale*” e che si riferiscano a “*servizi pubblici essenziali*”<sup>197</sup>. Ne conseguirebbe che una diversa – da quella (restrittiva) alla quale si è fatto ricorso – lettura delle norme appena entrate in vigore potrebbe condurre, in ultima analisi, anche all'elusione di un ben preciso vincolo costituzionale.

Infine, volendo considerare l'argomento relativo alle direttive in tema di appalti e concessioni, occorrerebbe apprezzare, altresì, la presenza, all'interno delle medesime, di dati testuali dai quali si ricava un risultato interpretativo sicuramente diverso da quello avvertito.

Trattando delle esenzioni dall'applicazione delle citate direttive, s'impone, da un lato, che “*qualsiasi cooperazione pubblico - pubblico esentata non dia luogo ad una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore*

---

<sup>196</sup> In tale prospettiva pro-concorrenziale dovrebbe leggersi la previsione del successivo terzo comma che prevede l'invio, da parte della pubblica amministrazione, dell'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione, diretta o indiretta, della partecipazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la quale “*può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”. Maggiormente esplicito, sotto tale profilo, è l'art. 192, co. 2 del d.lgs. n. 50/2016 a mente del quale “*ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*”. Di identico tenore a tale ultima norma l'art. 7, co. 3, prima parte dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

<sup>197</sup> Fa buon governo di quest'argomento MAZZAMUTO M., *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato “Pubblico-Pubblico”*, in *Giur. it.*, 2013, 1416 ss., spec. 1418, il quale, correttamente, rileva che se pure si ipotizzasse che soltanto i servizi nazionali sarebbero coinvolti dall'art. 43 Cost., ciò vorrebbe significare che solo per tali servizi “*è ammessa la costituzione di un monopolio legale, mentre per gli altri servizi una tale possibilità sarebbe preclusa, proprio perché non contemplata, divenendo a quel punto irrilevante la fonte (legislativa o amministrativa), da considerarsi in ogni caso costituzionalmente illegittima*”.

*privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*<sup>198</sup>, e, dall'altro, che le società *in house* non devono rappresentare lo strumento per ottenere un “*indebito vantaggio*”, atteso che esse sono formalmente distinte dalla p.a., ma acquisiscono risorse scambiando in un ambiente protetto<sup>199</sup>.

## **2. La società *in house providing*: il controllo analogo e il diritto societario.**

Circoscritta, in via d'eccezione, la possibilità di ricorrere all'autoproduzione, occorre, ora, analizzare i moduli organizzativi utilizzabili, in una simile ipotesi, dalla pubblica amministrazione e costituiti, essenzialmente, dall'affidamento *in house* e dall'azienda speciale (alla quale saranno dedicati brevi cenni nel paragrafo successivo)<sup>200</sup>.

Ripercorrere il processo di affinamento – relativamente lento<sup>201</sup> e, a tratti, contraddittorio – dei requisiti legittimanti l'*in house providing* potrebbe costituire un utile esercizio ma, al contempo,

---

<sup>198</sup> Cfr. i *considerando* 31 della direttiva 2014/24/UE e 45 della direttiva 2014/23/UE.

<sup>199</sup> Si vedano i *consideranda* 32 della direttiva 2014/24/UE e 46 della direttiva 2014/23/UE. Va rilevato, inoltre, che nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 nella parte III (dedicata ai contratti di concessione), Titolo I, Capo I, l'art. 166, rubricato “*Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*”, riproduce in modo identico solo la prima parte del primo paragrafo del citato art. 2 della direttiva 2014/23/UE, tralasciando, probabilmente non in maniera inconsapevole, di recepirne l'ultima che così recita: “*dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni*”. Con specifico riferimento all'*in house*, l'art. 192 del nuovo Codice dei contratti pubblici impone, poi, che per poter beneficiare dell'esenzione dal proprio ambito applicativo sia necessario non solo il rispetto di obblighi motivazionali già visti *sub* nota 196, ma, altresì, procedere – per ovvie ragioni di pubblicità e trasparenza – all'iscrizione nell'elenco, istituito presso l'ANAC, delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti (co. 1) nonché alla pubblicazione “*sul profilo del committente*” di tutti gli atti connessi all'affidamento (co. 3).

<sup>200</sup> Rispettivamente previsti alla lettera c) e d) dell'art. 7 dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale: nell'elenco di cui alla norma in commento la pozzività della gara rispetto all'autoproduzione, *sub specie* dei due modelli organizzativi appena citati, risulta(va) elemento indiziario (anche se non probante) della priorità logica della prima sulla seconda.

<sup>201</sup> Com'è noto, l'espressione *in house* è stata utilizzata per la prima volta nel Libro Bianco del 1 marzo 1998 *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, COM (98) 143 def., elaborato in risposta al Libro Verde del 1996, nel quale il concetto di “*appalti in house*” si specifica nella nozione di appalti “*aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra amministrazione e una società da questa interamente controllata*”. Prima della celeberrima sentenza *Teckal* cit. possibili “*elusioni*” all'obbligo delle procedure competitive erano state già sottoposte al vaglio dei giudici lussemburghesi sia con la sentenza 10 novembre 1998, *Arnhem c. BFI Holding*, Causa C-360/96, di sicuro interesse per la definizione dei contenuti essenziali dell'organismo di diritto pubblico (v., in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola sulla insussistenza, in tal caso, di un rapporto di terzietà tra amministrazioni coinvolte e s.p.a. da esse costituite con il conseguente venir meno della configurabilità di un contratto di appalto), sia con la pronuncia 9 settembre 1999, *RI.SAN s.r.l. c. Comune di Ischia e Ischia Ambiente S.p.A.*, Causa C-108/98, che, nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Alber S. (punti 52 e 54),

recherebbe con sé il rischio di condurre il discorso lontano dall'obiettivo che in questa sede ci si propone di perseguire. Si tratterà, infatti, di verificare non tanto l'avvenuta codificazione – all'interno del T.u. in materia di società a partecipazione pubblica – dell'elaborazione (soprattutto) giurisprudenziale in punto di controllo analogo<sup>202</sup> quanto la compatibilità di quest'ultimo con il diritto societario, donde le evidenti ripercussioni sulla natura giuridica e sulla fallibilità delle società *in house*<sup>203</sup>.

Assai problematica è apparsa, sin dalle prime applicazioni giurisprudenziali dell'istituto, la convivenza tra il controllo analogo e la partecipazione azionaria nella titolarità di privati (individuandosi, così, l'ulteriore requisito della partecipazione pubblica totalitaria). In un primo momento, difatti, diversi arresti hanno escluso che l'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare sulla società *in house* un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi quando ricorra la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata. Si rilevava, a sostegno di una siffatta preclusione, che “*il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di*

---

comincia a palesare la necessità che, per aversi servizio *in house*, si abbia non solo l'*intreccio finanziario*, ma anche *la presenza di un'attribuzione di compiti fra organi o la dipendenza amministrativa in termini sia gestionali che organizzativi*.

<sup>202</sup> Benché anche l'altro requisito elaborato dalla citata sentenza *Teckal*, vale a dire la destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente o degli enti locali che controllano la società *in house*, abbia in prosieguo di tempo subito interessanti precisazioni da parte della giurisprudenza comunitaria (v. soprattutto la sentenza 11 maggio 2006, *Carbotermo S.p.A., Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio, Agesp S.p.A.*, Causa C-340/04, in *Foro it.*, 2006, parte IV, col. 512, con nota di URSI R., *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società “in house”*; in generale, per la ricostruzione di tale requisito si rinvia a GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, cit., 85 ss., e LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, cit., 226 ss.) e nazionale (da ultimo, si segnala che Cons. Stato, ord., 20 ottobre 2015, n. 4793, in *Foro amm.*, 2015, 2515 ss., ha rimesso alla Corte di Giustizia proprio due questioni pregiudiziali relative all'esatta delimitazione dei confini dell'attività prevalente svolta dall'ente controllato), per ragioni di inerenza rispetto all'ambito d'indagine come sopra delimitato, non si dedicherà al medesimo particolare approfondimento.

È possibile ritenere, in ogni caso, che con la previsione di cui all'art. 16, co. 3, T.u. in materia di società a partecipazione pubblica si sia aderito ad una sorta di posizione mediana tra la tesi del criterio della prevalenza in senso meramente quantitativo (adottato, di recente, proprio dagli artt. 12, 28 e 17 rispettivamente delle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE) e quella della prevalenza in senso qualitativo (propugnata in dottrina, soprattutto, da LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 526-528) in quanto, da un lato si stabilisce che “*gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o degli enti pubblici soci*”, dall'altro si aggiunge, immediatamente dopo, che “*la produzione ulteriore (è) consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale*”.

<sup>203</sup> Su tali profili v. capitolo successivo.

*interesse pubblico; per contro qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente*<sup>204</sup>.

Tale posizione – certamente censurabile nella misura in cui negava la sussistenza del requisito in esame per il sol fatto dell'astratta possibilità, statutariamente prevista, dell'ingresso di soci privati<sup>205</sup> – è stata ben presto oggetto di un parziale ripensamento da parte della stessa Corte di Giustizia. In ben due occasioni<sup>206</sup>, i giudici lussemburghesi hanno avuto modo di ribadire che “la

---

<sup>204</sup> In questi termini, v. sentenza *Stadt Halle* cit., punto 49 - 50. Affermazioni analoghe sono contenute sia nella sentenza 21 luglio 2005, *Consorzio aziende metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti*, causa C-231/03, in *Foro amm.-CDS*, 2005, 2001 ss., con nota di GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di “controllo” sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, sia nella sentenza 10 novembre 2005, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria*, causa C-29/04, meglio nota come *Modling*, in *Raccolta*, 2005, I, 9705, punti 46 - 47. Determinante al fine di escludere la possibilità di procedere ad un affidamento diretto è stata ritenuta l'apertura, anche solo parziale, al capitale privato. Il principio affermato nella sentenza *Stadt Halle* è stato, poi, ripreso dalla sentenza 18 gennaio 2007, *Jean Auroux e altri c. Commune de Roanne*, causa C-220/05, in *Raccolta*, 2007, I, 385, punto 64 e, da ultimo, nella sentenza 19 giugno 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c. Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, causa C-574/12, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, con nota di FERRARI G. F., *La Corte tiene il punto sui requisiti Teckal*. In quest'ultima, è stata esclusa la sussistenza del controllo analogo nel caso di un affidamento diretto ad un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro.

Non è mai assunto al rango di ulteriore criterio, al contrario di quanto sostenuto in dottrina (v. LIROSI A., *Affidamento in house: lo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in *www.giustamm.it*, 2006), la circostanza (sviluppata, segnatamente, nelle conclusioni dell'Avv. generale Geelhoed - punto 20 - nella sentenza 6 aprile 2006, *ANAV c. Comune di Bari, AMTAB Servizio S.p.A.*, C- 410/04, in *Raccolta*, 2006, I, 3303) che la titolarità pubblica permanga per tutta la durata dell'affidamento.

Nella giurisprudenza nazionale seguono il medesimo indirizzo, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Urb. e app.*, 2006, 1417 ss., con nota di URSO M., *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, e Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Giust. civ.*, 2008, 1057 ss., con nota di FANIZZI R., *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'“in house providing” secondo una lettura comunitaria del fenomeno*.

<sup>205</sup> Diverso è il problema posto da LA MARCA E., *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema delle società a capitale interamente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 569 ss., relativo alla possibile spiegazione delle affermazioni della Corte di Giustizia sotto il profilo del diritto societario. Secondo l'A., la coerenza con il sistema del diritto societario potrebbe rinvenirsi nella circostanza che la presenza del socio di minoranza privato sottrarrebbe al socio di maggioranza pubblica la possibilità di disporre dell'interesse sociale poiché renderebbe cogente il vincolo degli amministratori di perseguire un interesse comune.

<sup>206</sup> Il riferimento è alle sentenze 17 luglio 2008, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, causa C-371/05, o *ASI c. Comune di Mantova*, punto 29, in *Giur. comm.*, 5 ss., con nota (critica) di PIAZZONI D., *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, e 10 settembre 2009, *Sea srl c. Comune di Ponte Nossola*, C-573/07, caso *SeTCo*, punto 53, in *Urb. e app.*, 2010, 38 ss., con nota di VOLPE C., *La Corte CE continua la rifinitura dell'“in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, e in *Foro amm.-CDS*, 2009, 2233 ss. con nota di MORZENTI PELLEGRINI R., *Società affidatarie di servizi pubblici locali e*

*mera possibilità per i privati di partecipare al capitale della società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non sia soddisfatta*", occorrendo, per ragioni di certezza del diritto, "*concreti indizi ... di una futura apertura del capitale della società ad investitori privati*".

Nonostante questa, sia pur limitata, deroga, tuttavia restava ferma la necessità che la società affidataria, almeno per l'intera durata dell'incarico, fosse partecipata in misura totalitaria dall'amministrazione aggiudicatrice.

Diversamente, accade nella recente sopravvenienza normativa. Ivi (art. 16, co. 1, T.u. in materia di società a partecipazione pubblica), in continuità con le previsioni contenute nelle precitate direttive appalti e concessioni<sup>207</sup>, si fa salva la partecipazione di privati che abbia luogo in forza di "*previsioni di legge*" e "*in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*".

Ora, a prescindere dalla conferma, che è possibile trarre, della tesi della subordinazione dell'autoproduzione rispetto alla gara in quanto un ricorso indiscriminato alla prima avrebbe l'effetto, altrimenti, di riconoscere ai privati presenti nella compagine della società *in house* un vantaggio di non poco momento, ai nostri fini vale la pena interrogarsi entro quali termini, nelle società affidatarie in via diretta della gestione di servizi pubblici locali, possa ammettersi la compresenza del socio privato con quello pubblico.

---

*controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*.

Nella giurisprudenza nostrana, già TAR Lecce, sez. II, 11 febbraio 2008, n. 432, in *Giur. merito*, 2989 ss., con nota di SCARPINO V., *L'affidamento in house e la clausola risolutiva espressa*, aveva proposto per la legittimità dell'affidamento diretto per effetto della presenza di una clausola risolutiva espressa che prevedeva che ove i presupposti fossero venuti meno (*i.e.*, cessione di parte del capitale a privati), il contratto perdesse automaticamente efficacia; in controtendenza rispetto a tali posizioni cfr., tra le altre, Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1120 ss. con nota di CARANTA R., *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza Plenaria. Ancora in salita la strada per le società miste*; Cons. Stato, sez. V., 3 febbraio 2009, n. 591, in *Foro amm.-CDS*, 2009, 437 ss., e Cons. Stato, sez. V., 26 agosto 2009, n. 5082, in *Foro amm.-CDS*, 2009, 1739 ss.

<sup>207</sup> La previsione della partecipazione al capitale da parte di soci privati è contenuta negli art. 12, 28 e 17, rispettivamente, delle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE. Con riferimento a tale profilo, per un primissimo commento cfr. lo studio Assonime, *Il recepimento delle nuove direttive europee su appalti e concessioni: alcuni spunti di riflessione*, in *Note e studi*, n. 5/2014, reperibile sul sito dell'Associazione. Va segnalato non solo che l'idea di un affidamento *in house* compatibile con la partecipazione pubblica maggioritaria è già contenuta nel Reg. CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 (art. 5, par. 2, lett. a), ma, soprattutto, la consapevolezza - presente già nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi nella causa C-574/12 cit., punto 38, nt. 24 - che, sul punto, le direttive sono destinate ad esercitare un deciso cambio di passo.

A ben guardare, infatti, la necessità di una previsione di legge imposta dalla norma ora citata<sup>208</sup> costringe l'interprete a verificare se quest'ultima sia già rintracciabile nell'ordinamento. Invero, non pare possibile rinvenire un'indicazione nel Codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, recentemente emanato. Infatti, l'art. 5 del D. lgs. n. 50/2016 ammette la partecipazione dei privati nei limiti previsti dalla *legislazione nazionale, in conformità con i Trattati*<sup>209</sup>, e purché dalla stessa non consegua né controllo o potere di veto né un'influenza determinante.

Pertanto, mancando, allo stato attuale, un preciso riferimento normativo che delimiti le forme di intervento del capitale privato nelle società sottoposte a controllo pubblico, pare più proficuo soffermarsi sull'altro limite alla partecipazione di soci privati da ricavarci, per differenza, dal potere, per l'appunto, di controllo del socio pubblico (o dei soci pubblici).

A tal uopo, si rende necessaria preliminarmente una precisazione di tipo terminologico: all'espressione "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" – utilizzata pure dal legislatore odierno per definire (art. 2, lett. c, T.u. partecipate) il "controllo analogo" dell'amministrazione (socia) sulla società *in house* – possono annettersi una pluralità di significati che vanno da quello meramente metaforico<sup>210</sup> al riconoscimento di una valenza propriamente giuridica. Probabilmente, né l'uno né l'altro colgono appieno nel segno, ma, allo stesso tempo, ambe due mettono in luce un aspetto che diviene essenziale nel tentativo ricostruttivo di una nozione che, nel tempo, si è così rarefatta.

Si evidenzia in proposito che se, da un lato, infatti, i giudici lussemburghesi hanno – senza mai pervenire, come, al contrario, è accaduto nell'ordinamento interno, alla ben nota affermazione dell'immedesimazione organica<sup>211</sup> – fatto ricorso a quest'immagine per rappresentare plasticamente

---

<sup>208</sup> La necessità di un'espressa previsione di legge è stata già segnalata in Cons. Stato (sentenza), 26 maggio 2015, n. 2660, che ha utilizzato, tra gli altri, quest'argomento per escludere l'applicabilità immediata delle previsioni di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, che era stata, invece, affermata da Cons. Stato (parere), 30 gennaio 2015, n. 398. Entrambi sono in *Urb. e app.*, 2015, 655 ss., con commento di VELTRI G., *In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE*.

<sup>209</sup> Tale inciso, presente nelle direttive (cfr., p.e., art. 12, paragrafo 1, lett. c, dir. 2014/24/UE) ma assente nell'art. 16, co. 1, T.u. partecipate, corrobora - nell'imporre la conformità ai Trattati della legge nazionale relativa alla partecipazione di capitali privati alla società *in house* - le superiori considerazioni circa la necessità che l'operatore economico privato, che detiene una partecipazione al capitale della società affidataria in via diretta, non goda di un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

<sup>210</sup> Interpreta in senso metaforico la dizione "controllo analogo", da ultimo, PECORARO C., *Il controllo sulla società in house secondo le nuove Direttive sugli appalti pubblici e sull'aggiudicazione di concessioni*, cit., 17 ss.

<sup>211</sup> Il riferimento è, su tutte, a Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, 5 ss., con nota di IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*; in *Fall.*, 2014, 33 ss., con nota adesiva di SALVATO L., *Riparto delle giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*; in *Società*, 2014, 55 ss., con nota di FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*; in *Riv. dir. comm.*, 2014, 259 ss., con nota di MARTUCCI K., *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in*

la compenetrazione tra organi della p.a. e quelli dell'ente societario tale da giustificare l'elusione della procedura competitiva; dall'altro, l'accentuazione di tale connotato ha condotto alla

---

house?; in *Foro amm.*, 2014, 2498 ss., con nota di DI LULLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società « in house » che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*; in *Giur. comm.*, 2015, 236 ss., con nota di CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*. Tale pronuncia perviene, come si dirà *amplius sub cap. II, §1.1.*, a configurare una relazione tra ente locale e società *in house* in termini di separazione patrimoniale. Così facendo, la Cassazione si è allineata alla giurisprudenza della Corte dei Conti secondo la quale la società *in house* sarebbe caratterizzata da una sostanziale immedesimazione della società stessa con la pubblica amministrazione per la quale opera, onde i relativi danni ad essa provocati sono perseguibili con l'azione contabile. In questo senso, Corte Conti, sez. giur., Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80; Corte Conti, sez. giur., Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; Corte Conti, sez. giur., Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327; in termini solo parzialmente diversi si segnala, di recente, Corte Conti, sez. I giur. centr. d'appello, 20 febbraio 2015 n. 178, in *www.lexitalia.it*, nella quale si legge che “*le S.p.A. a totale partecipazione pubblica, diretta e indiretta (e loro controllate), anche se non formalmente in house, devono in via di principio essere considerate, ai fini della tutela dell'integrità economica e finanziaria complessiva del sistema-Paese, alla stregua di vere e proprie pubbliche amministrazioni (anche se, ovviamente, non sono tali)*”.

Le ragioni di un simile approdo della giurisprudenza nostrana non pare siano state adeguatamente indagate; volendo avanzare un'ipotesi interpretativa, si potrebbe ritenere che ciò sia fondato sull'assunto (non dimostrato) che l'ente locale sia alquanto timido nell'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società *in house* nel caso di atti di *mala gestio*, ritenendosi, invece, che per il tramite del riconoscimento della natura pubblicistica, si possa accedere, secondo alcuni (v., tra gli altri, il contributo di CAPUTI JAMBRENGHI V., *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in *Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2006, 323 ss.), al più proficuo - ma è ben noto che l'esercizio dell'azione da parte del giudice contabile può aver luogo esclusivamente nei casi di “dolo” e “colpa grave” - esperimento della stessa proprio da parte della Corte dei Conti. Nella letteratura giuscommerciale, il problema è stato ampiamente indagato da IBBA C. del quale si citano, tra gli altri, *Tipologia e “natura” delle società a partecipazione pubblica*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 13 ss.; *Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 443 ss.

Quanto alla recente sopravvenienza, si deve constatare una notevole diversità tra la versione del T.u. partecipate licenziata il 20 gennaio 2016 e quella, successivamente, approvata in sede di esame definitivo. Infatti, nell'art. 12 della versione iniziale, dopo l'inequivocabile statuizione in forza della quale “*i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali*”, si precisa(va) - rievocando alla mente dell'interprete le parole di Cass., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806 (*ex multis* in *Giur. comm.*, 2011, 306 ss., con nota di FIORANI L. E., *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*) - che il danno erariale risarcibile è solo quello subito *direttamente* dagli enti partecipanti, “*ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti ... che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione*”. Si tratta(va), dunque, di una conferma delle tesi sostenute dall'A. da ultimo citato e, con buona probabilità, anche di un punto fermo in questa *vexata quaestio*. Attualmente, invece, l'art. 12 del T.u. partecipate (nella versione pubblicata in Gazzetta ufficiale) contiene un inciso “*salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*” che sembrerebbe riportare “*la materia indietro di qualche anno*”: così IBBA C., *Crisi dell'impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali, Relazione al Convegno “Le “nuove” società partecipate e in house providing alla luce dei testi unici su società partecipate e servizi pubblici locali*”, Bari, 21 e 22 ottobre 2016, ora in *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *NLCC*, 2016, 1233 ss.



conseguenza, tutta giuridica, di imporre un rapporto tra ente locale e società *in house*, sotto svariati profili, più rigido finanche di quello instaurato con l'utilizzo dei moduli di diritto amministrativo sopra esaminati.

A partire dalla sentenza *Parking Brixen*<sup>212</sup>, è ben noto, infatti, come la Corte di Giustizia (e di conseguenza anche la giurisprudenza interna<sup>213</sup>) abbia condotto un'indagine volta a stabilire se nello statuto della società domestica figurino alcuni “indici rivelatori” dell'acquisita vocazione commerciale della medesima ed aventi l'effetto di rendere precario il controllo dell'ente locale.

In estrema sintesi, sono stati ritenuti, a tal fine, rilevanti l'ampio oggetto sociale comprendente anche lo svolgimento dell'attività in settori diversi da quello oggetto dell'affidamento, l'espansione territoriale dell'attività in ambiti eterogenei rispetto a quello ove la società è destinata ad operare e, soprattutto, i considerevoli poteri conferiti al consiglio di amministrazione, senza che l'ente locale possa esercitare alcun controllo gestionale<sup>214</sup>.

Alla ricorrenza di tali elementi si è, dunque, esclusa, in via pretoria, la legittimità dell'affidamento diretto, predicandosi, al contrario, la necessità di una pervasiva ingerenza nella gestione sociale ed un'influenza equiparabile a quella esercitata, dall'ente locale, sui propri uffici.

Nella prospettazione dei giudici lussemburghesi, il controllo analogo non coincide con il controllo societario, anzi viene richiesto un *quid pluris* rispetto a quest'ultimo<sup>215</sup>. Non è stato mai chiarito, però, quale sia il punto di discontinuità tra i due e ricercarlo nel mutato contesto normativo, che pare aver rimescolato le carte, sarebbe pressoché ultroneo.

---

<sup>212</sup> Si tratta della sentenza 13 ottobre 2005, *Parkin Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, causa C-458/03 in *Giur. comm.*, 2006, 777 ss., con nota di DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*. Inoltre, si rinvia - per una serrata critica, sotto il profilo del diritto societario interno, alle conclusioni formulate dalla Corte di Giustizia - a MOLINARI G., “*In house providing*” e *profili di diritto societario*, in *Il Nuovo Diritto*, 2006, 183 ss., spec. 203 ss.

<sup>213</sup> Cfr. OCCHILUPO R., *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, 525 ss., spec. 538 ss., per un'ampia rassegna delle pronunce del giudice nazionale che hanno fatto applicazione dell'indirizzo così inaugurato.

<sup>214</sup> Tale ultima circostanza, se letta in positivo, comporta, tra l'altro, l'obbligo della sottoposizione al preventivo vaglio dell'ente pubblico di tutte le decisioni rilevanti per la gestione societaria e la titolarità in capo allo stesso di poteri ispettivi relativi al bilancio e all'amministrazione.

<sup>215</sup> Si veda, p.e., la sentenza *Carbotermo* cit. che al punto 38 così si esprime: “dagli atti di causa risulta che gli statuti della ... e della ... attribuiscono al consiglio di amministrazione di ciascuna delle società i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società. Gli statuti di cui trattasi non riservano al comune di Busto Arsizio nessun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta a detti consigli di amministrazione. Il controllo esercitato dal comune di Busto Arsizio su queste due società si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi”. Rileva una “difficile coesistenza” tra la nozione di controllo societario e quella di controllo analogo elaborata dalla giurisprudenza comunitaria SARACINO C. M., *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statutari*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1123 ss.

Non vanno, però, obliterati gli sforzi che la dottrina ha dovuto compiere per rendere coerente un tale assetto organizzativo con l'impianto sistematico della disciplina della società per azioni imperniata, com'è noto, sull'esclusiva competenza gestoria degli amministratori<sup>216</sup> e sulla correlativa rimodulazione delle competenze, in tale ambito, dell'assemblea in sede ordinaria<sup>217</sup> tanto che a quanti si sono trovati, per avventura, ad affrontare questa questione così scabra è apparso maggiormente compatibile il tipo della società a responsabilità limitata<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> Basti porre mente all'art. 2380-bis, co. 1, c.c. Si esprime, a proposito della competenza esclusiva degli amministratori, quale profilo tipologico della società azionaria e ne approfondisce le implicazioni con la disposizione di cui alla nota successiva GUIZZI G., *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Liber amicorum Pietro Abbadessa, Società, banche e crisi d'impresa*, vol. I, Torino, 2014, 1043 ss.; ma nel senso dell'immodificabilità dell'ordine delle competenze in materia di gestione tra gli organi sociali da parte dell'autonomia statutaria v. già MOSCO G. D., *Sub art. 2380-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, vol. II, NICCOLINI G., STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Jovene, Napoli, 2004, 588 ss., spec. 589, e ABRIANI N., *Sub art. 2380-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P. (commentario diretto da), Zanichelli, Bologna, 2004, 669 ss., spec. 671 ss.

Analogamente, con precipuo riferimento al tema della *governance* delle società pubbliche v. GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842 ss.

<sup>217</sup> L'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c. in forza del quale l'assemblea ordinaria delibera sulle "autorizzazioni richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti" costituisce, infatti, l'altro sostegno normativo che fonda la competenza gestoria in via esclusiva intorno all'organo amministrativo. L'idoneità di tale norma a configurare il controllo analogo nell'ambito del tipo della società per azioni è stata alquanto dibattuta: per la tesi favorevole ASTONE F., *Lo statuto delle società in house*, in *www.giustamm.it*, 2010; PETRERA F. P., *Clausole statutarie in materia di amministrazione e controllo nelle società in house e miste*, in *RDS*, 2012, 632 ss. e RIOLFO G., *Attività "in-house" e il modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del controllo analogo*, *AGE*, 2015, 533 ss., i quali, comunque, ribadiscono (v. nota successiva) la migliore utilizzabilità, a tal fine, del tipo s.r.l.; *contra* LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, cit., 221.*

<sup>218</sup> Sono pervenuti a simili conclusioni, tra gli altri, WEIGMANN R., *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, Società*, Milano, 2005, 4084 ss.; OCCHILUPO R., *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, 60 ss.; MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, 242 ss.; COSSU M., *S.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A., (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, 2011, 243 ss.; GUERRA F., *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, 774 ss.; LUCIANI F., *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 719 ss.; LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, cit., 220.*

Diverse sono le peculiarità della disciplina di tale tipo sociale che inducono a ritenere che esso possa adeguatamente realizzare le istanze che sono alla base del modello organizzativo dell'*in house providing*. P.e., il capitale interamente pubblico può essere assicurato mediante la possibilità legislativamente prevista (art. 2469 c.c.) che l'atto costitutivo possa impedire la circolazione delle quote a tempo indeterminato (in tal senso GUIDA P., *La circolazione delle partecipazioni sociali pubbliche*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit.,

L'ambiguità di fondo consiste, evidentemente, nella difficoltà di individuare un *safe harbour* quando si tratta di comprendere se quella disegnata dalla giurisprudenza comunitaria sia (senza voler anticipare quanto si dirà *infra*) paragonabile ad un'influenza dominante o determinante, soprattutto ove si consideri la successiva elaborazione relativa al controllo analogo c.d. congiunto.

Infatti, l'ortodossia, per dir così, del giudice europeo alle conclusioni della *Parkin Brixen* ha conosciuto momenti di "tensione" allorché la Corte di Giustizia<sup>219</sup> si è trovata a doversi

---

167 ss., spec. 183). Il controllo analogo - anche ad imputazione congiunta di cui si dirà nel testo - potrebbe, inoltre, realizzarsi valorizzando le previsioni di cui all'art. 2468, co. 3, c.c. nel senso che lo statuto potrebbe prevedere l'attribuzione a singoli soci di "particolari diritti riguardanti l'amministrazione o la distribuzione degli utili", come, del resto, viene espressamente previsto dal co. 2, lett. b), dell'art. 16 T.u. in materia di società a partecipazione pubblica. Sul punto, rimane, però, problematico il coordinamento con l'art. 2476, co. 7, c.c. che statuisce la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che "hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi" (in argomento v. già COSSU M., *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, 627 ss., la quale, per ovviare anche a tale difficoltà, propone l'accentuazione del modello capitalistico puro). All'uopo, una possibile tutela potrebbe venir offerta proprio dall'estensione della responsabilità da attività di direzione e coordinamento al socio pubblico di cui *infra* si dirà nel corpo del testo. In generale, sul rapporto tra l'art. 2476, co. 7, c.c. e 2497 c.c. si rinvia a BENEDETTI L., *Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c. rispetto alla s.r.l. di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2015, 432 ss., il quale perviene alla conclusione (condivisibile) in virtù della quale "l'atto di eterogestione dannoso intenzionalmente compiuto dal socio di s.r.l. è perseguibile ex art. 2476, co. 7, c.c. qualora esso non possa essere ricondotto all'esercizio di (o al concorso ad) un'attività di direzione e coordinamento; in caso contrario, deve essere assoggettato esclusivamente alla disciplina ex art. 2497, co. 1 o 2, c.c."

Potrebbe, pure, utilizzarsi la norma di cui all'art. 2479, co. 1, c.c. nella misura in cui si consenta al/i socio/i (pubblico/i) di ingerirsi nell'amministrazione per il tramite dell'assoggettamento alla loro approvazione delle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo nonché gli argomenti sottoposti "da uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale". Non pare, invece, utilizzabile quanto previsto dall'art. 2475, co. 3 - per effetto del quale la gestione può essere affidata, ove previsto, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci - stante l'espresso divieto di cui all'art. 11, co. 5, T.u. cit.

<sup>219</sup> Si tratta, a quanto consta, di almeno tre pronunce se si escludono sia la sentenza 19 aprile 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado*, causa C-295/05, in *Urb. e app.*, 2007, 1479 ss., con nota di CARANTA R., *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, che, per la prima volta, approfondisce *ex professo* il tema della possibilità di riconoscere il controllo analogo in capo a più enti contemporaneamente, ma non la più ampia tematica del controllo analogo congiunto, sia la sentenza CoNaMe cit. nella quale la Corte non affrontava la questione se il controllo di un ente detentore di una partecipazione dello 0,97% potesse essere esercitato in maniera congiunta. In particolare, la Corte di Giustizia si è occupata dell'ammissibilità del controllo analogo congiunto nella sentenza 13 novembre 2008, *Coditel Brabant c. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, causa C-324/07 in *Foro amm.-CDS*, 2008, 2899 ss., nella sentenza *SeTCo* cit. e, infine, nella sentenza 29 novembre 2012, *Econord SpA c. Comune di Cagno e Comune di Varese* (C-182/11) e *Comune di Solbiate e Comune di Varese* (C-183/11), oltre che in *Giur. comm.*, 2014, 765 ss. con nota di DONATIVI V., *I confini (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, anche in *Urb. e app.*, 2013, 307 ss., con nota di LEGGIADRO F., *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci*.

L'eco di un simile orientamento non ha mancato di farsi sentire nella giurisprudenza interna: cfr. già Cons. Stato, sez. V., 19 febbraio 2004, n. 679, in *Foro amm.-CDS*, 1161 ss., con nota di PERFETTI L. R., *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, ma soprattutto

esprimere in ordine all'ammissibilità del ricorso da parte di una pluralità di enti pubblici all'affidamento diretto ad una società *in house*, da questi partecipata, per l'adempimento di un servizio pubblico locale<sup>220</sup>.

In via generale, ammettere l'affidamento diretto da parte di enti con una partecipazione pressoché inesistente al capitale della società di autoproduzione avrebbe, chiaramente, comportato l'effetto di consentire agli enti medesimi di aggirare, alquanto agevolmente, la regola del confronto competitivo<sup>221</sup>.

La soluzione individuata dalla giurisprudenza comunitaria è consistita, allora, nel ritenere non indispensabile che il controllo analogo venga esercitato individualmente da ciascuna autorità pubblica, reputandosi, invece, necessario che tale controllo venga esercitato congiuntamente dalle medesime. Inoltre, si è escluso che il controllo analogo congiunto possa fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale della società *in house*<sup>222</sup>.

Simili affermazioni inducono a rilevare, a tutta prima, un sicuro raffreddamento del rigorismo applicato dal giudice sovranazionale al caso del controllo analogo ad imputazione individuale: si richiede un controllo meno stringente consistente ne *“l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti”*; per converso, ciò ha condotto una parte della dottrina<sup>223</sup>, ad

---

TAR Trieste, 15 luglio 2005, n. 634, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 1937 ss., con nota di LOLLI A., *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*; più recentemente, Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365, in *Foro amm.-CDS*, 2009, 730, e in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1269 ss., con nota di GIORGIO M., *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447, in *Foro amm.- CDS*, 2011, 3, 902 ss.; TAR Firenze, Sez. I, 20 dicembre 2012, n. 2090, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 3843 e TAR Lombardia, 21 novembre 2013, n. 2588, in *Giur. it.*, 2014, 1708 ss., con nota di CASSATELLA A., *Partecipazione ‘simbolica’ alle società in house e requisito del controllo analogo*.

<sup>220</sup> Rileva tale contraddizione, tra gli altri, DONATIVI V., *op. ult. cit.*, 776-777.

<sup>221</sup> L'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, nelle conclusioni rassegnate nella causa C-182/11 e C-183/11 cit., riprendendo la formula utilizzata dal giudice del rinvio, parla, a tal proposito, del “principio di irrilevanza”: *“ciò che è «irrilevante» ai fini della prima condizione Teckal non è la posizione o la partecipazione dell'ente pubblico nel controllo effettivo sulla società affidataria, bensì la posizione o la partecipazione dell'ente suddetto nel capitale di quest'ultima. Entrambe (partecipazione alla gestione e partecipazione al capitale) possono essere minoritarie, ma nessuna delle due può essere totalmente inesistente”* (punti 32-36, spec. 35). Tali considerazioni sono riprese nella sentenza (punti 31 e 32), rilevandosi che, in ogni caso, sarebbe il giudice nazionale a dover effettuare una simile verifica caso per caso.

<sup>222</sup> Cfr. punti 28-31 della sentenza *Econord* cit., sostanzialmente ripetuti nelle citate pronunce *Coditel Brabant* (punti 46-47) e *SeTCo* (punti 55-56).

<sup>223</sup> Cfr. IBBA C., *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*, in *Munus*, 2015, 1 ss., spec. 4; LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, cit.*, 218 e ID., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea, cit.*, 522-523, ma già LA MARCA E., *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema delle società a capitale interamente pubblico, cit.*, 576.

un'attenuazione delle modalità di estrinsecazione finanche del controllo analogo individuale, ritenendosi, all'uopo, non necessario un controllo diretto sul *day to day management*.

Altro problema si sostanzia nell'elaborazione di tutta una serie di strumenti giuridici per garantire agli azionisti, nella specie i diversi enti locali, un potere decisionale sulla gestione strategica della società, individuati, principalmente, nei patti parasociali e nella previsione statutaria di organi atipici. Mentre sulla congruità a tal fine dei primi non si è dubitato<sup>224</sup>, maggiori dubbi circondano l'ammissibilità dei secondi<sup>225</sup> soprattutto alla luce del recente T.u. in materia di società a partecipazione pubblica nel quale si fa menzione dei soli patti parasociali, prevedendone la deroga al limite della durata quinquennale, ma, a quanto pare, non di altre modalità *extra ordinem* di realizzazione del controllo analogo<sup>226</sup>.

---

Se corrisponde al vero che la Corte, anche con riferimento al controllo analogo nelle società a partecipazione pubblica unipersonali, abbia utilizzato, testualmente, l'espressione "*influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti*" (si veda p.e. *Parkin brixen* cit., punto 65), va, comunque, rilevato che dalla lettura integrale delle pronunce che vi fanno riferimento, emerge che il senso che la Corte intende dare all'espressione non è quello solamente di un potere di veto o interdittivo, ma, al contrario, quello di un potere impositivo analogo a quello esercitabile nei confronti dei propri uffici interni. Ciò avvalorerebbe l'opinione sostenuta nel testo circa la profonda incertezza quando si tratta di definire compiutamente i confini non solo del controllo analogo congiunto, ma, soprattutto, di quello ad imputazione individuale. In senso conforme, cfr. DONATIVI V., *I confini (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, cit., nt. 99.

<sup>224</sup> Posizione favorevole al ricorso allo strumento dei patti parasociali si riscontra in LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, cit., 221; inquadra il contratto di servizio come un tipo di patto parasociale FIMMANÒ F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 68 ss.; propende, invece, per una definizione in sede statutaria dei poteri di controllo analogo MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, cit., 254 ss.; ne rileva alcuni punti di debolezza pure GUERRA F., *Il "controllo analogo"*, cit., 790.

<sup>225</sup> Si tratta della soluzione diffusamente praticata di istituire i cc.dd. comitati di controllo analogo all'interno degli statuti o meccanismi di controllo diretto dell'ente committente sulla gestione del servizio. Scettici di fronte a tali prassi appaiono: LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, cit., 222 ss. ove riferimenti (nel testo e in nota) alla giurisprudenza (amministrativa) che ne ha legittimato l'utilizzo; BENAZZO P., *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, in *RDS*, 2011, 17 ss., spec. 29-30, e FIMMANÒ F., *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, 1135 ss., spec. 1166.

<sup>226</sup> All'uopo, andrebbe, in ogni caso, valutata la portata della disposizione di cui all'art. 6, co. 3, che, alla lettera b), prevede l'opportunità, per le società a controllo pubblico, *in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta*, di integrare gli strumenti di governo societario con "*un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione*".

La soluzione di un simile interrogativo pare subordinata alla questione, centrale, che si anticipava dianzi e che conviene, ora, verificare se sia stata risolta (almeno nel diritto nazionale), relativa alla portata della dizione “*influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata*” utilizzata attualmente nell’art. 2, co. 1, lett. c) con riferimento alla definizione di “controllo analogo”.

In particolare, assume una rilevanza esiziale per il prosieguo della trattazione stabilire se le predette espressioni (“*influenza determinante*” e “*società controllata*”) utilizzate dal legislatore nazionale debbano essere interpretate in continuità con le risultanze del dibattito dottrinario (interno) sull’essenza e i confini del controllo societario oppure alla luce di quanto previsto nelle direttive, replicando, per tal via, le (ormai) note incertezze che circondano il controllo analogo *tout court* e quello congiunto<sup>227</sup>.

Com’è noto, infatti, nell’ordinamento interno si parla di società *controllata* nella previsione generale di cui all’art. 2359 c.c. la quale riconnette tale qualifica a tre diverse ipotesi aventi tutte come comune denominatore l’*influenza dominante* sulla gestione<sup>228</sup>. Diversamente, nella legge *antitrust* si prevede (art. 7) che il controllo sussista, oltre che nei casi contemplati dalla norma codicistica appena menzionata, anche “*in presenza di diritti contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un’influenza determinante sull’attività di un’impresa*”.

La dottrina che si è occupata dell’interpretazione di tali norme si è attestata su posizioni, a dir poco, antipodiche: da un lato, si sostiene<sup>229</sup> che il controllo sarebbe un “tipo” e non un “concetto” e il suo tratto qualificante sarebbe dato dall’influenza dominante o determinante, dall’altro, si opina<sup>230</sup>

---

<sup>227</sup> Le difficoltà ermeneutiche nascono, in particolare, dalla disposizione di cui all’art. 2 del T.u. in materia di partecipate la quale alla lettera b) definisce il “controllo” come “*la situazione descritta nell’articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere, anche quando in applicazione delle norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.

<sup>228</sup> Così FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, cit., 826. Vale la pena sottolineare, riprendendo, altresì, l’opinione di MARCHETTI P. G., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 1 ss., che le diverse leggi speciali hanno fornito, ciascuna, una definizione particolare di controllo e, benché richiamino l’art. 2359 c.c., ne integrano la definizione con una serie di indicazioni che tendono non solo a specificarne il contenuto, ma, sovente, ad ampliarne il concetto.

<sup>229</sup> V., su tutti, la posizione di LAMANDINI M., *Il “controllo”. Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 1995, *passim* (spec. 54 ss.).

<sup>230</sup> Cfr. SPOLIDORO M. S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 457 ss., spec. 490 dalla quale si cita nel testo. In senso conforme a tale posizione: DONATIVI V., *I “confini” del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, 553 ss., laddove afferma che “*la nozione di influenza determinante insiste su un perimetro d’applicazione più ampio rispetto a quello dell’“influenza dominante”*”. Oggetto dell’ingerenza è, in entrambi i casi, *la politica della società controllata (rectius: gli indirizzi generali della sua gestione) ... La differenza, tuttavia, si*

che il controllo dell'art. 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 sarebbe diverso da quello dell'art. 2359 c.c. “non solo e non tanto perché l'influenza determinante, che costituisce la chiave di volta della prima disposizione, sia meno intensa dell'influenza dominante, posta al centro dell'articolo del codice, ma anche e soprattutto perché la nozione dettata dall'art. 7 è più ampia, rendendo rilevanti fattispecie che sfuggono alla più ristretta portata dell'art. 2359 c.c.”.

Non rientrando una simile problematica nei limiti della presente ricerca, non può, in ogni caso, non rilevarsi che l'ampiezza della nozione di controllo sia stata accolta dalla legge *antitrust* ai soli fini della definizione di concentrazione di cui all'art. 5 della stessa normativa<sup>231</sup>.

Ora, pur potendosi ravvisare alcuni punti di contatto<sup>232</sup>, il controllo postulato dall'istituto della concentrazione non pare sovrapponibile a quello che si realizza nel caso di società *in house providing*: proseguendo nell'intrapresa direttrice interpretativa pro concorrenziale, si potrebbe, infatti, osservare che se la disciplina della prima mira, tra l'altro, ad evitare che si realizzi o si rafforzi una posizione dominante sul mercato “in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza”, il controllo analogo, al contrario, opera quale requisito legittimante un'esenzione dalla gara per la scelta del contraente della p.a. (*ergo*, dalla concorrenza) e, come più volte rilevato, favorisce proprio una posizione monopolistica.

---

*manifesta nella diversa "misura", ovvero, se si vuole, nella diversa "intensità", del potere di determinazione della politica, o degli indirizzi gestionali, della società che si assume controllata”* (virgolettati dell'A.); NOTARI M., *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, *passim*, spec. 266 ss. ove afferma (p. 269) che “l'influenza che caratterizza le due nozioni di controllo diverge sotto il profilo dell'ampiezza” (corsivo dell'A.), intercorrendo tra di esse una differenza anche sotto il profilo dell'intensità; GIANNELLI G., *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, cit., 280, il quale afferma in generale che “l'applicazione dell'art. 7 l. n. 287 del 1990 comporta il richiamo ad una nozione di controllo non strettamente coincidente con quella delineata dall'art. 2359”, ma poi esclude che la nozione di controllo valida *ex art. 7* possa applicarsi ai fini del successivo art. 9. Peculiare la posizione di CORAPI D., *In tema di interpretazione delle nozioni di concentrazione e di controllo nella legge 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. dir. comm.*, 525 ss., spec. 532 ove afferma che “è vero che l'assunzione del controllo quale operazione di concentrazione specifica presenta connotati specifici rispetto all'assunzione del controllo quale operazione societaria; ma tali connotati specifici possono portare ad una integrazione delle due nozioni, non ad una loro collocazione su piani paralleli o peggio ad una loro contrapposizione”.

<sup>231</sup> Rileva GIANNELLI G., *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, cit., 281, che, dai lavori preparatori, si ricava che la nozione di controllo valida *ex art. 7* ha lo “scopo” di contrapporre la nozione di controllo rilevante ai fini di definizione delle concentrazioni alla diversa nozione di controllo dettata dall'art. 27 nel titolo V (titolo abrogato dal D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

<sup>232</sup> Procede (al dichiarato fine di “sottoporre a revisione il convincimento secondo cui la società in house costituisce mera unità operativa dell'ente pubblico che dispone l'affidamento”) ad instaurare una serie di parallelismi con l'influenza determinate di cui al Reg. CE n. 139/2004 sulle concentrazioni PECORARO C., *Il controllo sulla società in house secondo le nuove Direttive sugli appalti pubblici e sull'aggiudicazione di concessioni*, cit., *passim*.

Si potrebbe, invece, avanzare una diversa ipotesi ricostruttiva che, valorizzando comunque il riferimento al diritto interno (segnatamente all'art. 2359 c.c.<sup>233</sup>), pervenga ad un avvicinamento dell'influenza determinante, di cui alla norma del T.u. in commento, a quella dell'attività di direzione e coordinamento pure prevista dal nostro diritto societario<sup>234</sup>.

Costituisce, in particolare, posizione abbastanza pacifica nella dottrina giuscommerciale<sup>235</sup> la considerazione in virtù della quale la direzione unitaria è nozione più ampia del controllo di cui all'art. 2359 c.c., potendosi la prima intendere come *“l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali”*<sup>236</sup>.

L'assonanza con il controllo analogo ad imputazione individuale come elaborato dalla Corte di Giustizia sembra non abbisogni di particolari spiegazioni; d'altro canto, occorre, però, dare atto delle non poche ritrosie nell'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 2497 e ss. c.c. alle

---

<sup>233</sup> Valgano, sul punto, le parole di SBISÀ G., *Società controllate e società collegate*, in *Contr. impresa*, 1997, 319 ss. secondo cui *“l'art. 2359 c.c. non è solo l'unica norma generale riguardante le nozioni di società controllata e collegata, ma è anche componente essenziale e/o termine di confronto obbligato di qualsiasi configurazione dei rapporti di controllo, nonché parametro imprescindibile per valutare fino a che punto si possa propriamente parlare di controllo in senso tecnico rispetto alle fattispecie considerate nelle discipline settoriali”*.

<sup>234</sup> Pur nella consapevolezza della scarsa valenza probante di un simile argomento, non può non rilevarsi che nella bozza precedente a quella poi recepita nel d.lgs. n. 175/2016 si riteneva sussistente il controllo analogo nel caso di società a partecipazione pubblica unipersonale se *“l'amministrazione pubblica socia è titolare di un potere di direzione e coordinamento, che può esprimersi anche con l'adozione di atti vincolanti per l'organo amministrativo della società”*. L'indagine sulle ragioni del mutamento terminologico richiederebbe un approfondimento più ampio; pur tuttavia, volendo avanzare una possibile spiegazione, si potrebbe sostenere che abbia prevalso, nel legislatore domestico, una certa “fedeltà” al disposto delle precitate direttive.

<sup>235</sup> Cfr. MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss.; v. già in tal senso DE ANGELIS L., *L'impresa holding, l'impresa di gruppo o il gruppo di imprese*, in *Studi in onore di Luca Buttaro*, Tomo I, Milano, 2002, 191 ss. e SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 18. Nella manualistica v., tra gli altri, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, II, Diritto delle società*, (a cura di CAMPOBASSO M., Torino, 2013, 295 (nt. 14). *Contra* per l'opinione che considera “controllo” e “gruppo” come distinte manifestazioni della potestà “imprenditoriale” cfr., soprattutto, PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *Riv. soc.*, 2003, 765 ss., spec. 772 ss., e ID., *Divagazioni in tema di «controllo» e «gruppo» nelle aggregazioni societarie*, in *Contr. impresa*, 1997, 508 ss.

Mette, giustamente, in risalto la dimensione fattuale di tale potere nel senso che *“l'attività di direzione e coordinamento emerge giuridicamente quando le corrispondono, e in fatto, i comportamenti della società ad essa soggetta, quando in concreto adotta un modello decisionale con cui si adegua alle scelte strategiche di quella che l'esercita”* (corsivo dell'A.) ANGELICI C., *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in DI CATALDO V., MELI V., PENNISI R. (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo I, Milano, 2015, 37 ss.

<sup>236</sup> Così MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 321, il quale, altresì, ritiene (pag. 337) che il controllo analogo non possa considerarsi fattispecie diversa dalla direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.



società a partecipazione pubblica, segnatamente quelle *in house*. Infatti, nell'ordinamento è possibile rinvenire una disposizione di interpretazione autentica<sup>237</sup> che esclude dall'ambito di applicazione della responsabilità da attività di direzione e coordinamento, letteralmente, solo lo Stato.

Allo stesso tempo, va evidenziato, pur non volendo pretermettere l'esistenza di un dato di diritto positivo, che non sono mancate (condivisibili) opinioni a sostegno dell'estensione della disciplina da direzione unitaria all'ente locale, considerata la necessità di interpretare restrittivamente una simile esenzione normativa<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> Si tratta dell'art. 19, co. 6, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. con mod. in l. 3 agosto 2009, n. 102, che ha stabilito che "l'art. 2497, co. 1, del codice civile si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria". Critico rispetto alla natura di norma di interpretazione autentica e all'esenzione dello Stato MARCHISIO E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in *AGE*, 2015, 435 ss.; negano la sottrazione dello Stato o, in generale, delle società pubbliche pure: CARIELLO V., *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, co. 1, c.c. (art. 19, co. 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 343 ss.; MONTALENTI P., *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, 10 ss. e BENAZZO P., *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, in *RDS*, 2011, 17 ss.; FIMMANÒ F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza, cit.*, 13 ss., rileva, d'altro canto, che si tratta di una norma "assai discutibile, apparentemente generale, invece diretta ad un caso specifico e cioè la vicenda della crisi Alitalia". Peculiare la posizione di MARTUCCI K., *Profili di diritto singolare dell'impresa*, Milano, 2013, 186-187, la quale ritiene che "obiettivo dell'interpretazione autentica affidata all'art. 19, comma 6 d.l. 1° luglio 2009, n. 78 sembra insomma essere quello di precludere che dal controllo esercitato dallo Stato – quale che ne siano le modalità – su uno o più enti possa inferirsi l'esistenza di un gruppo – per come questo si configura alla stregua di una lettura sistematica della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, e cioè – come fenomeno economico: la partecipazione dell'ente-Stato ad una società non potendosi mai intendere motivata dal perseguimento di un "interesse imprenditoriale proprio o altrui" tout court; e, comunque, attuata secondo modalità tali da dar luogo allo svolgimento di una attività, prima, d'impresa poi" (corsivo dell'A.).

<sup>238</sup> Nel senso dell'assoggettabilità della società pubblica all'attività di direzione e coordinamento dell'ente v. già ROMAGNOLI G., *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *NGCC*, 2004, 214 ss.; PORTALE G. B., *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 23 ss., spec. 28; IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss., spec. 6 ss.; più di recente, CODAZZI E., *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1, c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, 1041 ss.; con particolare riguardo alle società *in house providing* cfr. VESSIA F., *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2012, 647 ss.; FIMMANÒ F., *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*; MARCHISIO E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, cit., 447 ss.

Contra CARLIZZI M., *La direzione unitaria e le società partecipate da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1177 ss. (spec. 1203 ss.), il quale, tra l'altro, adduce a sostegno della sua tesi la seguente motivazione "la normativa sulla direzione e coordinamento difficilmente si confà all'agire della pubblica amministrazione retta dal basilare principio di legalità e obbligata a muoversi secondo i canoni di buon andamento e imparzialità di cui al dettato costituzionale ... risulta in sostanza difficile pensare ad una direttiva emanata in violazione dei principi di corretta gestione societaria e "imprenditoriale" (virgolettato dell'A.); MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento*

In definitiva, è possibile ritenere, circoscrivendone l'esame alle società affidatarie *in house providing* nel settore dei servizi pubblici locali, che l'influenza determinante di cui all'art. 2, co. 1, lett. c), possa interpretarsi alla stregua di una (etero) direzione dell'ente sulla società di autoproduzione in forza della quale al primo è consentito di intervenire (o, se si preferisce, influenzare) nella definizione degli obiettivi strategici e delle decisioni importanti relative alla seconda, restando appannaggio dell'organo amministrativo di quest'ultima il compimento della gestione quotidiana<sup>239</sup>.

Probabilmente, tale soluzione potrebbe apparire ultronea a fronte della lettera dell'art. 16 in commento che al comma 2 (lett. a) espressamente prevede che, ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo sin qui delineato “*gli statuti della società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-bis del codice civile*”. Insomma, il legislatore parrebbe, per tale via, rimuovere uno dei limiti, cui pure prima si accennava, alla realizzazione del controllo analogo attraverso i meccanismi di *governance* interna.

Benché l'indagine sulla portata di una simile disposizione, sulla quale occorrerà tornare in seguito (*sub* parte II, § 4 e cap. II, Premessa), esuli dai limiti della presente trattazione, si potrebbe, sulla scorta della stessa, obiettare che essa consentirebbe di introdurre in via statutaria proprio quelle previsioni che consentono al socio pubblico (di maggioranza) l'ingerenza sulle decisioni più rilevanti e sugli obiettivi strategici (e, a seconda di come venga formulata, finanche sul *day to day management*), per il tramite di veri e propri ordini, rendendo non più funzionale il ricorso alla regolamentazione in tema di direzione e coordinamento.

---

*diretto dei servizi pubblici locali, cit.*, 229 ss., e CINTIOLI F., *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in VIETTI M. (a cura di), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, Torino, 2014, 561 ss., spec. 591 ss. Pare, soprattutto alla luce delle superiori considerazioni (spec. parte I, § 5), non dimostrato l'assunto che non vi possa essere violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale atteso che il ricorso allo schema societario, finalizzato alla realizzazione di una gestione dei servizi pubblici locali maggiormente efficiente, implica l'adozione del metodo economico. Pertanto, se si identifica, come fa la dottrina maggioritaria, l'imprenditorialità con l'economicità della gestione, è ben possibile che l'ente persegua un interesse di natura imprenditoriale.

<sup>239</sup> Cfr. SANDULLI M., *Sub art. 2380-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società per azioni. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Tomo I, artt. 2325 - 2422 c.c., Torino, 2003, 395 ss., il quale osserva, individuando i limiti di legittimità dell' “*ingerenza*” della controllante (nel rapporto, dunque, tra art. 2380-bis, co. 1, e art. 2497 c.c.), che occorrerebbe ipotizzare una “*linea di confine*” tra “*gestione*” e “*amministrazione*”: infatti, “*può ritenersi che la gestione attenga a profili strettamente operativi, mentre l'amministrazione, oltre che riguardare profili esterni all'esercizio dell'attività di impresa (i profili organizzativi dell'ente), attiene alle scelte strategiche, alle politiche aziendali, alla programmazione ed allo sviluppo dell'impresa ... mentre su questi profili dell'amministrazione potrà legittimamente ingerirsi l'ente controllante, esercitando i poteri di direzione e coordinamento, nel rispetto dell'interesse della società controllata, tale ingerenza resta preclusa per l'attività di gestione, cioè per l'attività e le scelte operative*”.

Al contrario, sia consentito osservare, non solo l'utilizzo di simili clausole sarebbe compatibile con l'attività di direzione e coordinamento, potendo anzi legittimare l'imposizione alla realtà societaria (*rectius* agli amministratori di questa) di indirizzi programmatici e vincoli sulle decisioni rilevanti, ma soprattutto la disciplina dettata dall'art. 2497 c.c. renderebbe effettiva non solo la tutela dei creditori sociali, ma anche e soprattutto del socio privato – oggi ammesso, come detto, a partecipare al capitale della società *in house* in virtù di una partecipazione che non potrà che essere di assoluta minoranza – il quale, altrimenti, rimarrebbe sprovvisto di protezione a fronte dei pregiudizi arrecatigli da direttive lesive del proprio patrimonio<sup>240</sup>.

Una diversa linea interpretativa dovrebbe privilegiarsi per esplicitare il differente atteggiarsi dell'*influenza determinante* se riferita all'ipotesi della società a partecipazione pubblica pluripersonale. Come è stato già rilevato, seppur vi siano stati alcuni tentativi in dottrina di avvicinare il requisito del controllo analogo ad imputazione individuale a quello congiunto, sarebbe, in ogni caso, erroneo disconoscere le diversità strutturali che animano le due ipotesi<sup>241</sup>.

Se, infatti, il requisito del controllo analogo ad imputazione individuale pare avvicinarsi all'ipotesi in cui ciascun singolo socio pubblico abbia affidato alla società *in house* (dal medesimo pure partecipata) la prestazione di una determinata attività, ben diverso dovrebbe essere, come sembra postulare il ragionamento della giurisprudenza comunitaria<sup>242</sup>, il grado di ingerenza richiesto quando si tratti di controllo analogo esercitato collettivamente da tutti i soci su tutte le attività svolte *in house*.

Questa distinzione<sup>243</sup>, invero, non pare emergere dall'esame delle pronunce nazionali e sovranazionali in punto di controllo analogo congiunto, benché, com'è agevole intuire, le

---

<sup>240</sup> Rilevava la necessità di tutela di siffatti interessi, con riferimento al più generale fenomeno delle partecipazioni statali, già PAVONE LA ROSA A., *Partecipazioni statali e gruppi d'impresa*, in PAVONE LA ROSA A. (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Il Mulino, Bologna, 1982, 198 ss.; più di recente, analogamente, URSI R., *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss., spec.755 ss.; IBBA C., *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2015, 95 ss. Rimane fermo, però, che, come chiarito dalla recente giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I, 12 giugno 2015, n. 12254, in *Società*, 2016, 25 ss., con nota di SIMONETTI H., *L'art. 2497 e la responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci e creditori sociali della società eterodiretta: un rimedio risarcitorio*) l'azione di responsabilità prevista non costituisce il fondamento normativo di un'ulteriore responsabilità sussidiaria tipica della c.d. "holding" per il pagamento dei debiti insoddisfatti della società eterodiretta.

<sup>241</sup> In dottrina, riconosce tale diversità, tra gli altri, GUERRA F., *Il "controllo analogo"*, cit., 795.

<sup>242</sup> Sopra richiamato a proposito della circostanza che la Corte non richiede il controllo analogo sia esercitato "individualmente" da ciascuna delle amministrazioni aggiudicatrici (v., p.e., sentenza *Econord* cit. punto 28).

<sup>243</sup> In dottrina, distingue le due ipotesi COMBA M., *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità dei soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, *Urb. e app.*, 2008, 549 ss.

implicazioni potrebbero essere svariate<sup>244</sup>. Volendo, in questa sede, limitarsi ad un discorso di carattere più generale, prestando attenzione esclusivamente alla seconda delle ipotesi appena prospettate, si dovrebbe verificare se l'influenza di ciascun socio pubblico debba concretarsi nella possibilità che questo eserciti un diritto di voto negli organi di gestione della società relativamente agli "obiettivi strategici" e alle "decisioni significative", oppure se sia necessario che sussista in capo a ciascun socio un vero e proprio potere di veto sulle decisioni aventi il medesimo oggetto di talché ciascun socio possa bloccare le scelte gestionali della società.

Nel diritto interno, com'è noto, il controllo (societario) congiunto quando non è possibile immaginare un potere di influenza "dominante", ovvero sia di contenuto "positivo", ad imputazione plurima, è inteso almeno come potere di veto, ossia come possibilità per ciascuno dei soggetti che si assume contitolare del controllo di impedire l'adozione delle più importanti decisioni concernenti, direttamente o indirettamente, la gestione della società o, quanto meno, la determinazione della sua politica o degli indirizzi generali<sup>245</sup>.

In ogni caso, al fine di tentare di risolvere l'interrogativo predetto, occorre, altresì, tenere conto del rinvio che l'art. 2, co. 1, lett. d), opera all' articolo 5, comma 5 del d. lgs. n. 50/2016 cit.

---

<sup>244</sup> Sul piano dell'affidamento del servizio, la regolamentazione del rapporto tra il singolo ente locale (socio) e la società *in house* dovrebbe esaurirsi nel contratto di servizio. Tale soluzione troverebbe conferma, in particolare, in una recente pronuncia del TAR Genova, sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120, in *Pluris*, nella quale si evidenzia che al fine della configurabilità del controllo analogo congiunto è indispensabile solamente che ciascun ente sia in grado di assumere il ruolo di reale *dominus* in relazione alle decisioni operative rilevanti circa il "frammento di gestione" relativo al proprio territorio, potendosi integrare, secondo il giudice amministrativo, una siffatta posizione mediante una clausola statutaria inserita, per l'appunto, nel contratto di servizio. Precisamente, nel caso di specie si è attribuito rilievo ad una previsione "che, in espressa deroga agli ordinari meccanismi societari di amministrazione e di controllo, riserva agli enti pubblici azionisti che affidino in via diretta alla società l'erogazione dei propri servizi pubblici locali un "potere di direttiva e di controllo" che si esplica - tra l'altro - mediante indirizzi "vincolanti", da esercitarsi in forma scritta, sulle modalità di erogazione del servizio affidato, con facoltà di risolvere anticipatamente ed unilateralmente il contratto in difetto di tempestivo adeguamento alle direttive impartite, o di dolosa sottrazione alle previste forme di controllo" (virgolettati nella pronuncia).

Sotto il profilo del diritto societario una simile situazione pare, invece, gravida di conseguenze anche sul piano terminologico. La necessità che il singolo ente socio eserciti il controllo analogo sulla società *in house* limitatamente al servizio affidato non implica, infatti, che questo abbia il controllo (societario) congiunto sulla medesima. In altri termini, ben potrebbe accadere che l'ente locale abbia finanche una partecipazione azionaria di maggioranza al capitale della predetta società, ma quest'ultima sia stabilmente (etero) diretta dagli altri soci (o da un altro socio) con le comprensibili conseguenze in punto di esercizio di attività di direzione e coordinamento. A fronte di una simile ipotesi - identificabile in diritto societario come controllo *plurimo* (disgiunto) (in argomento, v., di recente, LAMANDINI M., «Controllo» di società, in ABRIANI N. (a cura di), *Dizionari del diritto privato promossi da Irti Natalino, Diritto commerciale*, Milano, 2011, 316 ss.) -, occorrerebbe, allora, interrogarsi se, mutuando tale terminologia, non sia più corretto discorrere di controllo analogo *plurimo* in luogo di controllo analogo *congiunto*.

<sup>245</sup> In tal senso v. DONATIVI V., *I confini (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, cit., 781 (ma analogamente già in ID., *I "confini" del controllo congiunto*, cit., nt. 93) e NOTARI M., *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, cit., 276.

Innanzitutto, in quest'ultima disposizione si stabilisce che “*gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti*”, aggiungendosi, però, che “*singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti*”.

Immediatamente dopo, recuperando un *leitmotiv* dei giudici europei, si aggiunge che “*tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica*”<sup>246</sup>.

L'impressione che si ricava da siffatte disposizioni è ben lontana, certamente, dal riconoscimento di una rappresentanza, necessariamente, individuale di ciascun ente nell'organo amministrativo della società pluripartecipata, con conseguente possibilità di influire sulle scelte strategiche della società *in house*: sembrerebbe anzi che – essendo normale, ai sensi dell'art. 11, co. 2, T.u. in materia di società a partecipazione pubblica, che l'organo amministrativo sia costituito dall'amministratore unico – ai soci (pubblici) di minoranza residuino davvero limitati spazi per poter far sentire la propria voce (sia pure *sub specie* di potere di veto) all'interno della compagine sociale finanche con riguardo agli “*obiettivi strategici*” e “*decisioni significative*”<sup>247</sup>.

### **3. Brevi cenni sull'ammissibilità di strumenti di diritto pubblico nella gestione dei servizi pubblici locali: l'azienda speciale.**

---

<sup>246</sup> Per la verità, la norma aggiunge pure che “*la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti*”: la norma, secondo LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 529 (il quale si riferisce, però, all'identica disposizione di cui all'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE), pur ambigua, dovrebbe essere interpretata nel senso che l'impresa *in house* non dev'essere dotata di un'autonomia gestionale tale da poter creare situazioni di conflitto di interessi con gli enti pubblici soci.

<sup>247</sup> Deve, comunque, osservarsi che l'adattabilità dell'influenza determinante all'ipotesi del controllo ad imputazione congiunta dipende molto da come verrà, nella prassi statutaria, interpretata la deroga all'art. 2380-*bis* c.c., ben potendosi ritenere, p.e., che tutti, o alcuni soci, facciano ricorso ad un patto parasociale (sempre, a livello d'ipotesi, di durata pari alla durata del contratto di affidamento stante, come detto, la deroga all'art. 2341-*bis*, co. 1, c.c.) che consenta ai medesimi proprio di influenzare la gestione, almeno con riguardo, per l'appunto, alle decisioni più rilevanti e agli obiettivi strategici. All'uopo, potrebbero utilizzarsi non solo accordi di cooperazione, intese o protocolli, che sarebbero pur sempre patti parasociali, ma, probabilmente, veri e propri “*sindacati di gestione*”. Questi ultimi - considerati da PRATELLI M. M., *Problemi in tema di “sindacati di gestione”*, in *Giur. comm.*, 2005, 112 ss. (pare, invece, orientata in senso favorevole CODAZZI E., *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra “atti” e “attività”*. *Profili in tema di responsabilità*, Milano, 2012, 23 ss.) invalidi poiché in violazione proprio dell'art. 2380-*bis* c.c. - potrebbero venir validamente stipulati per effetto della deroga consentita dal legislatore.

Conseguentemente, la contemporanea imputazione a più soggetti di un unitario potere di influenza sulla società *in house* appare idonea - o sul piano dell'*effettività* o, per l'appunto, sulla base di un contratto o di clausole statutarie (arg. ex art. 2497-*septies* c.c.) - a configurare una vera e propria attività di direzione e coordinamento. In tal caso, valgano, sul piano dell'applicazione della relativa disciplina, le medesime considerazioni già svolte a proposito del controllo individuale. Per un generale approfondimento della tematica, si rinvia a CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss.

L'impostazione, privilegiata nella presente trattazione, non subisce, per dir così, un *vulnus* se, accanto all'ammissibilità di strumenti privatistici per realizzare l'autoproduzione, ci si interroghi, altresì, circa gli spazi che residuano per il ricorso, da parte dell'ente locale, a strumenti di tipo prettamente pubblicistico.

Si è già rilevato come, nell'attuale assetto normativo, l'autoproduzione dovrebbe costituire un'*extrema ratio* allorquando si verificano fallimenti del mercato e, dunque, nessun operatore sia disposto ad offrire quel determinato servizio alla collettività degli utenti.

La storia dei servizi pubblici locali ha conosciuto già - anzi, probabilmente, per quanto si è venuti sin qui argomentando, esclusivamente - modalità di gestione del servizio a carattere burocratico/amministrativo; solo in tempi a noi più vicini, le precitate istanze di creazione o apertura del mercato hanno condotto ad una privatizzazione finanche dei modelli gestionali idonei all'autoproduzione dei servizi medesimi (per l'appunto, le società *in house*).

Tale affermazione trova conferma in una previsione, ormai non più recente, con la quale, novellando l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico sull'ordinamento degli enti locali, si stabilisce che “*gli enti locali, entro il 30 giugno 2003, trasformano le aziende speciali e i consorzi di cui all'articolo 31, comma 8, del citato testo unico..., che gestiscono i servizi di cui al comma 1 dell'articolo 113 del medesimo testo unico, in società di capitali, ai sensi dell'articolo 115 del citato testo unico*”<sup>248</sup>.

Si prevede, in sostanza, che l'azienda speciale, sopravvissuta all'evoluzione in senso privatistico dei modelli di gestione (non solo quelli “interni” alla p.a.) dei servizi pubblici locali

---

<sup>248</sup> Si tratta dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 recante “disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” (legge finanziaria 2002). Tale norma è stata al centro di un'interessante *querelle* relativamente all'attualità della sua vigenza. Sul punto, infatti, in un primo momento la Corte dei Conti, Sez. reg. per il controllo per il Piemonte, adunanza del 23 ottobre 2013, delib. n. 365, ritenendo il termine di cui si dice nel testo avente carattere “*ordinatorio - acceleratorio*”, aveva affermato la perdurante vigenza della norma in discorso in quanto “*coerente, e comunque non in contrasto, con l'attuale disciplina del settore*”. Nella stessa delibera, si dava atto, d'altro canto, dell'esistenza di un contrapposto orientamento dottrinale che ne predicava l'implicita abrogazione, rilevando, all'uopo, il contrasto interpretativo. Successivamente, infatti, la Sezione delle Autonomie, investita della soluzione del detto contrasto, con la delibera n. 2 adottata nell'adunanza del 15 gennaio 2014, in *Notariato*, 2014, 106 ss., ha concluso, invece, proprio per la sopravvivenza di tale istituto, dimostrata, tra l'altro, anche da recenti interventi normativi (p.e., la legge 27 dicembre 2013, n. 147) che hanno riguardato l'art. 114 T.u.e.l. e, partitamente, l'azienda speciale. Pare ultroneo osservare che l'espressa menzione nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale potrebbe avvalorare tale ultima opinione. In ogni caso, per un commento ai provvedimenti menzionati nella presente nota, si rinvia a LUCARELLI A., *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, in LUCARELLI A. (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della società per azioni in azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2014, 31 ss.

avviata già a partire dai primi anni Novanta<sup>249</sup>, debba essere destinata ad una “trasformazione” in un’impresa organizzata in forma capitalistica in omaggio al convincimento della migliore realizzazione dell’interesse pubblico mediante il ricorso agli istituti di diritto comune e dalla fiducia nelle capacità del mercato di selezionare gli operatori sulla base proprio del confronto concorrenziale.

Invero, ad oltre un decennio dallo spirare di quel termine, l’azienda speciale non pare affatto scomparsa dal catalogo dal quale la p.a. può attingere al fine della gestione di un servizio pubblico locale di interesse economico generale.

Il rinnovato interesse, nei limiti che oltre verranno precisati, per tale istituto potrebbe rivenire dallo schema di T.u. sui servizi pubblici locali. Infatti, la lettera d) dell’art. 7 prevede(va) che “*limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete*” si possa decidere per l’opzione in esame.

Ora, pur non essendo questa la sede per approfondire le caratteristiche tipologiche dell’azienda speciale, alcune considerazioni devono svolgersi intorno alla natura e, per converso, agli spazi di utilizzabilità che essa può trovare nell’attuale contesto pro competitivo.

Quanto alla prima delle questioni appena enucleate, il supremo consesso amministrativo<sup>250</sup> parrebbe, di recente, aver sopito i dubbi in punto di configurabilità dell’azienda speciale alla stregua di un’articolazione interna della pubblica amministrazione<sup>251</sup>.

Pur non potendosi condividere, per le ragioni addotte *supra*, l’assimilazione con la società *in house* alla quale i giudici di Palazzo Spada fanno ricorso per affermare la propria giurisdizione<sup>252</sup>, non può negarsi che in questo caso ci si trovi realmente al cospetto di un ente che, benché dotato di personalità giuridica (e al quale, dunque, risulterebbe artificioso negare l’alterità soggettiva), replica i tratti dell’ormai non più vigente modello dell’azienda municipale.

---

<sup>249</sup> Sia consentito rinviare a quanto già rilevato *sub parte I*, § 2.

<sup>250</sup> Si tratta di Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820, in *Urb. e app.*, 2014, 955 ss., con nota di SALVATI F., *I riflessi della rinnovata veste dell’azienda speciale sulla selezione del personale*.

<sup>251</sup> Accanto a tale indirizzo, v’è da segnalare l’esistenza di un contrapposto orientamento (cfr., tra le pronunce più recenti, Cass., Sez. un., 7 marzo 2001, n. 96, in *Foro it.*, 2001, 2543; Cass. 15 aprile 2005, n. 7906, in *DeJure*, e Cons. Stato 7 febbraio 2012, n. 641, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 342) che qualifica l’azienda speciale – poiché non esercita poteri di supremazia ed agisce su un piano paritetico rispetto ai soggetti con cui viene in relazione - quale ente pubblico economico.

<sup>252</sup> Nella specie, si trattava di chiarire alla cognizione di quale giudice appartenga la controversia relativa all’annullamento del provvedimento di approvazione degli atti della selezione comparativa per la scelta del direttore generale di un’azienda speciale.

Com'è noto, l'art. 114 T.u.e.l., dopo aver espressamente previsto che l'azienda speciale è “ente strumentale dell'ente locale” e averne stabilito la modalità di composizione degli organi<sup>253</sup>, precisa, al sesto comma, che “l'ente locale ... determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali”.

In altri termini, si perpetua, anche per l'azienda speciale, quella coincidenza e confusione tra proprietà e gestione che ha determinato il progressivo abbandono del modello della municipalizzata (v. *sub* parte I, § 2), potendosi, invece, in ciò constatare un elemento di discontinuità rispetto alla diversa struttura organizzativa dell'*in house providing* ove, *mutatis mutandis*, solo le decisioni di alta amministrazione dovrebbero venir approvate dall'ente locale in qualità, però, di socio.

La previsione, infatti, dell'approvazione, direttamente in capo all'ente, degli atti fondamentali – vale a dire, ai sensi dell'art. 114 T.u.e.l., co. 8, il “piano-programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale”, il “budget economico almeno triennale”, il “bilancio di esercizio” e il “piano degli indicatori di bilancio” – postulando una diretta ingerenza (o in aderenza con il dettato normativo sarebbe più corretto dire “vigilanza”) dell'ente medesimo sulle scelte, *lato sensu*, imprenditoriali dell'azienda, non consente di ritenere realizzato l'affrancamento dal modello dell'impresa-organo.

Si tratta, dunque, di una modalità di gestione, evidentemente, collocata al di fuori del mercato e della concorrenza e alla quale occorrerebbe guardare con un certo sfavore, pena il rischio di frustrare proprio una delle finalità che il legislatore del 2016 (e lo schema di T.u. sui servizi pubblici locali<sup>254</sup>) intende perseguire (*amplius v. Riflessioni conclusive*).

È rinvenibile, del pari, un dato testuale che sembrerebbe confortare tale conclusione: la lettera d) dell'art. 7 dello schema di T.u., come detto, include(va) un inciso, *limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete*, l'esame del quale non può essere pretermesso.

Se, infatti, si interpreta l'espressione “servizi a rete” coerentemente con le risultanze della giurisprudenza amministrativa<sup>255</sup>, la quale esige che la rete presenti le caratteristiche

---

<sup>253</sup> Ai sensi dell'art. 114 costituiscono organi dell'azienda: il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore (al quale compete la responsabilità gestionale). Le modalità di nomina e di revoca degli amministratori sono stabilite dallo statuto dell'ente locale.

<sup>254</sup> Non a caso, l'art. 7, per potervi ricorrere, analogamente a quanto disposto per l'affidamento *in house*, impone(va) che il provvedimento con il quale viene prescelta una simile forma di gestione dia conto *specificamente* delle ragioni del mancato ricorso al mercato e che tale opzione sia idonea ad apportare alla collettività *benefici* con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, sui quali si è già avuto modo di riferire nella prima parte.

<sup>255</sup> Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156, in *Urb. e app.*, 609 ss. con nota di GOSO R., *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore dei soggetti proprietari delle reti*, la quale fornisce una precisa



dell'inamovibilità, complessità e non agevole riproducibilità (se non con l'impiego di ingenti risorse finanziarie e strumentali)<sup>256</sup>, sarebbe opportuno, ferma restando una diversa previsione contenuta nelle singole discipline, ripensare all'utilizzo dell'azienda speciale proprio nel settore ove più di recente si è fatto ricorso<sup>257</sup>.

#### **4. Le società a partecipazione mista pubblico-privata: il socio privato.**

---

definizione degli elementi oggettivi che costituiscono la nozione di rete per l'erogazione di un servizio pubblico locale nell'ambito di una controversia avente ad oggetto la corretta interpretazione dell'ormai abrogato art. 113, co. 14, T.u.e.l. Non pare, invece, felicissima la formulazione della definizione contenuta nell'art. 2, lett. b), dello schema di T.u. la quale si limita a stabilire che si tratta di quei servizi i quali sono "suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali tra le sedi di produzione del bene o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti alla regolazione a opera di un'autorità indipendente".

<sup>256</sup> Nella sentenza di cui alla nota precedente il supremo organo di giustizia amministrativa spiega, opportunamente, che "tali elementi non sono riscontrabili nel caso di servizi pubblici locali di rilevanza economica che, come il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, necessitano prevalentemente di attrezzature mobili, di minore complessità, agevolmente duplicabili e di non grande rilievo economico"; diversamente, nei settori del trasporto, dell'energia e delle telecomunicazioni, dove si richiedono attrezzature fisse (quali linee ferroviarie, gasdotti, reti idriche, reti telefoniche) che rispondono appieno ai caratteri della "rete" come definiti nel corpo del testo.

<sup>257</sup> In particolare, oltre alla delibera 21 gennaio 2014, n. 2 della Corte dei Conti cit., la quale aveva ad oggetto proprio l'ammissibilità della trasformazione di una società per azioni in azienda speciale consortile, esiste, a quanto consta, almeno un precedente (trasformazione di Arin S.p.A. in ABC - Acqua bene comune Napoli, azienda speciale, con delibera del Consiglio comunale di Napoli 26 ottobre 2011 in *Notariato*, 2014, 106 ss. con breve commento di LAURINI G., *Legittima la trasformazione di società in house in Azienda Speciale*) nel quale una simile trasformazione (da società per azioni in *house providing* in azienda speciale) è stata celebrata. Sul tema diversi studi affrontano già, ammettendola, una simile problematica: cfr. COZZARELLI L., *Fondamenti giuridici della trasformazione della s.p.a. totalmente pubblica in azienda speciale: aspetti di diritto societario*, in LUCARELLI A. (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della società per azioni in azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, cit., 63 ss.; CARRARO G., *Trasformazione eterogenea regressiva di società a capitale pubblico*, in *Giur. comm.*, 2015, 925 ss., il quale, però, mette in guardia dal rischio che la trasformazione costituisca nient'altro che un "espediente" per sottrarre la società *in house*, oramai insolvente, al rischio imminente di fallimento o all'onere del concordato preventivo; MALTONI M., RUOTOLO A., *Il procedimento ex art. 115 T.U.E.L. di trasformazione e di scissione di aziende speciali e consorzi di enti pubblici in società di capitali: l'adeguamento interpretativo alla disciplina vigente del codice civile*, in *Studi del Consiglio nazionale del notariato*, 2015. In questa sede, non si vogliono, certamente, mettere in discussione i risultati di tali contributi; più limitatamente, s'invita a riflettere sulla circostanza (probabilmente tenuta in debita considerazione dallo schema di T.u.) che proprio il settore idrico - la cui normativa di settore (cfr. art. 149-bis del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, introdotto di recente dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, c.d. *Sblocca Italia*, il quale, secondo MONCERI F., *Riflessi sulla nuova conformazione degli enti locali sul sistema dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2015, 81 ss., spec. 97-98 (testo e nota), imporrebbe agli enti locali "un'attività programmatica di stampo prettamente «privatistico»") non contiene previsioni di diverso segno - parrebbe escluso dalla possibilità di ricorrere al modulo organizzativo dell'azienda speciale.

Il partenariato tra socio pubblico e socio privato non costituisce, certamente, una novità della recente sopravvenienza legislativa<sup>258</sup>, ma, come già rilevato nella prima parte della presente ricerca (v. *sub* parte I, § 2), quando si è trattato di mutar veste all'intervento dello Stato nelle cose economiche, segnatamente nel settore dei servizi pubblici locali, il modello della società a partecipazione mista pubblico-privata ha costituito, proseguendo nella metafora, uno dei possibili abiti allorquando l'ente locale ha inteso assumerne la gestione<sup>259</sup>.

In altri termini, si era – ma da allora poco è mutato – persuasi che la promozione della collaborazione tra quest'ultimo ed altri soggetti apportatori di capitali, di tecnologie oppure di competenze imprenditoriali specifiche potesse, in definitiva, favorire proprio una più efficiente prestazione del servizio<sup>260</sup>.

Nonostante gli evidenti effetti benefici di un simile apporto (possibilità di realizzare maggiori investimenti, riduzione dei costi operativi, maggiore efficienza gestionale), il ricorso ad una tale opzione non è tuttavia scevro da pericoli sul piano dell'equilibrio del mercato: ammettere, per citare quello che ci interessa più da vicino, che la p.a. debba esperire un'unica procedura competitiva per scegliere il proprio contraente – ben potendo, poi, affidare a quest'ultimo in via diretta lo svolgimento di una pluralità di servizi (società mista c.d. generalista) – comporterebbe, difatti, l'effetto di creare una rendita di posizione a favore della società già affidataria del servizio pubblico.

Sul punto, stante l'assenza di un chiaro indice normativo<sup>261</sup>, non sono mancate diversità di vedute all'interno della giurisprudenza domestica<sup>262</sup>; anche in questo caso, è stato determinante il

---

<sup>258</sup> Cfr., altresì, l'art. 7, co. 1, lett. b), dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale il quale prevede, tra le modalità di gestione del servizio, l'affidamento a “*società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'art. 18 della legge n. 124 del 2015*”. Quest'ultimo riferimento è al T.u. in materia di società a partecipazione pubblica, segnatamente all'art. 17 rubricato “*Società a partecipazione mista pubblico-privata*”, oggetto di esame nel presente paragrafo.

<sup>259</sup> Ben prima, quindi, dell'*in house providing* il quale, però, ha conosciuto, nella prassi, un utilizzo di gran lunga superiore: si vedano, in proposito, i dati percentuali relativi al ricorso, nel settore dei servizi pubblici locali, alle società miste in Italia in OCCHILUPO R., ROMA G., *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance*, in AGE, 2015, 495 ss.

<sup>260</sup> In termini analoghi, v. già Cass., Sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, oggetto di breve disamina in OTTAVIANO V., *Note sulle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in Riv. soc., 1999, 237 ss.

<sup>261</sup> L'art. 116, co. 1, d.lgs. n. 267/2000 cit. (abrogato per effetto dell'art. 28, co. 1, lett. a, d. lgs. n. 175/2016) prevedeva che “*gli enti locali possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico ... costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche ... gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica*”. La necessità della gara, per la scelta del socio privato al fine di costituire una società a capitale misto pubblico privato per la gestione di un servizio pubblico

---

di rilevanza economica, è stata oggetto di previsione, altresì, nell'art. 113, co. 5, lett. b), T.u.e.l., poi abrogato con il D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. Anche nell'ambito delle società miste, una statuizione maggiormente analitica era contenuta nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 precitato, come modificato con il d.l. 25 settembre 2009 n. 135 conv. con mod. dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, al quale il legislatore del recente T.u. pare essersi ispirato, come si dirà pure oltre. Là era previsto (co. 2, lett. b) che *“l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali avviene ... a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi, l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento”*. Per un esame della normativa appena richiamata, si rinvia a DI GIANDOMENICO G., DI GIANDOMENICO M. N., *Le ultime vicende delle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 193 ss.

A seguito dell'abrogazione di quest'ultima disposizione, come già rilevato, e fino ai recenti innesti normativi, sono stati applicati alla materia gli artt. 1, co. 2, 3, co. 15-ter e 32, co. 2, del D.lgs. n. 163/2006 e i *“requisiti”* contemplati dall'ordinamento europeo (cfr. art. 34, co. 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 cit.).

<sup>262</sup> L'orientamento restrittivo (cfr., in giurisprudenza, Cons. giust. amm. reg. sic., 27 ottobre 2006, n. 589, in *Guida al diritto*, 2006, 91 ss., con nota di SGUEGLIA G., *Partner privato e gestore del servizio si scelgono con due gare pubbliche*, dalla quale si cita; successivamente TAR Reggio Calabria, 7 novembre 2008, n. 579, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 3147; in dottrina, v. SALAMONE V., *L'affidamento dei servizi pubblici locali, tra normativa nazionale e diritto comunitario*, *Foro amm.-TAR*, 2006, 3422 ss.) richiedeva, per l'attribuzione della gestione del servizio ad una società mista, l'esperimento di una specifica gara diversa ed ulteriore rispetto a quella diretta all'individuazione del socio privato, considerato che *“la procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio non è sovrapponibile, quanto ai contenuti e alle finalità, a quella per l'affidamento del servizio: la prima è preordinata alla selezione del socio privato in possesso dei requisiti non solo tecnici ed organizzativi, ma anche e soprattutto finanziari, tali da assicurare l'apporto più vantaggioso nell'ingresso della compagine sociale; la seconda è invece esclusivamente diretta alla scelta del soggetto che offra maggiori garanzie per la gestione del servizio pubblico”*. A tale opinione si contrapponeva la tesi, considerata nel testo, per certi versi, meno tuzioristica, della possibilità di affidare direttamente il servizio alla società mista il cui socio privato era stato selezionato in base ad una gara.

D'altro canto, sin dalle prime applicazioni giurisprudenziali (v., p.e., Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864, in *Foro amm.-CDS*, 1912 ss.), non è stato, al contempo, ben chiaro il *discrimen* tra la società domestica e, per l'appunto, la società mista tanto che ancora nel 2007 il Cons. Stato, sez. II, n. 456, in *Foro it.*, III, 611, (v. i commenti di ROSTAGNO S., *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in *www.giustamm.it*, 2007, e OBERDAN F., *Decretata la fine della figura giuridica utilizzata spesso in maniera distorta*, in *Guida al diritto*, 2007, 106 ss.) ha ritenuto necessario *“definire la riconducibilità o meno, in via generale, del modello organizzativo della “società mista” pubblico - privata al modello dell'in house providing”*. In quell'occasione, tale questione è stata risolta nel senso che l'affidamento diretto può avvenire in favore di *“una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche, tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa, allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara”*. Si trattava in nuce proprio della regola della gara c.d. a doppio oggetto - oggi, come si dice nel testo, espressamente codificata - che è stata successivamente ribadita dalla costante giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1 cit. pure in *Urb. e app.*, 2008, 1008 ss. con nota di ROTIGLIANO R., *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea*, (anche se a proposito del parere citato si legge che essa *“rappresenta solo una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse”*); Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824,

contributo della Corte di Giustizia, la quale, con un arresto non troppo risalente<sup>263</sup>, ha avuto modo di osservare che se, per un verso, l'indizione della doppia gara, ovvero una per la scelta del socio privato, l'altra per l'affidamento del servizio, sarebbe contraria al principio di economia delle procedure, per altro verso, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione della gara (o del vaglio concorsuale unicamente per la scelta del socio privato) pregiudicherebbe non solo l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata, ma anche il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una siffatta procedura offrirebbe all'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Insomma, la soluzione – alla quale, a quanto pare, anche l'odierno legislatore ha aderito – maggiormente coerente con i dettami della concorrenza *per* il mercato è consistita nel prevedere la necessaria celebrazione di una gara avente un c.d. doppio oggetto: “*la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato*” e “*l'affidamento del contratto di appalto o di concessione*”, come recita l'art. 17 del T.u. in materia di società a partecipazione pubblica.

In particolare, l'esperimento di una siffatta procedura di selezione dovrebbe essere funzionale – in forza della lettura combinata degli artt. 4, co. 2, lett. c) e 17 – alla costituzione di una società mista avente, per oggetto sociale, la “*realizzazione e gestione di un'opera pubblica*” ovvero la “*organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale*” attraverso “*un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016*”. D'altro canto, colpisce, immediatamente, come lo stesso art. 17, al comma sesto, dichiarare inapplicabile l'appena richiamato

---

in *Giur. it.*, 2009, 2793 ss., con nota di CIASULLO S., *L'affidamento diretto a società miste: condizioni di ammissibilità*, la quale ha, tra l'altro, negato l'ammissibilità della società mista “generalista”; da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015, n. 992, in *Pluris* e Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1028, in [www.dirittodeiserviziipubblici.it](http://www.dirittodeiserviziipubblici.it).

Si rinvia, in ogni caso, per una sintesi del dibattito, dottrinale e (soprattutto) giurisprudenziale, su tale problematica a DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, cit., 179 ss.; GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, cit., 34 ss.

<sup>263</sup> Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia, 15 ottobre 2009, *Acoset S.p.A. c. Conferenza Sindaci e Presidenza ATO Idrico Ragusa et al.*, C-196/08, spec. punti 55 ss., in *Giur. it.*, 2010, 1193 ss. con nota di CARANTA R., *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*. Già prima di tale arresto, va detto, però, che il fenomeno delle società miste non era ignoto alle istituzioni comunitarie. Il riferimento è, in ordine di tempo, al citato Libro Verde, COM (2004) 327 nel quale, per quanto in questa sede rileva, la Commissione individua due tipologie di collaborazione tra pubblico e privato: una “puramente contrattuale”, come l'appalto o la concessione, fondata esclusivamente su rapporti contrattuali attraverso i quali si definiscono e si affidano i compiti al *partner* privato e l'altra - esaminata, con riguardo al diritto nazionale, nel testo - “istituzionalizzata”, attraverso la costituzione di una società mista, che determina una collaborazione nella gestione e/o nell'erogazione del servizio. Nella successiva Comunicazione (2008/C91/02), la Commissione ha escluso la necessità di una doppia gara ed ammesso l'equiparazione tra la gara per l'affidamento del servizio e quella per la scelta del socio, che si configura come “*socio industriale od operativo*” il quale svolge materialmente il servizio o fasi dello stesso. *Amplius* per un commento a tali provvedimenti cfr. DEMURO I., *La partecipazione del privato*, in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A., (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 279 ss., spec. 282 ss.

codice dei contratti pubblici<sup>264</sup> alle “*società che non siano organismi di diritto pubblico*” costituite “*per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza*” se ricorrono le seguenti condizioni: “*a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell’opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo*”.

La norma sembrerebbe, allora, avere riguardo a due (diverse) fattispecie: il contratto di partenariato pubblico privato come definito dall’art. 3, co. 1, lett. eee) del d.lgs. n. 50 del 2016 e la società mista (non vocata al mercato) della quale vengono delineate le caratteristiche in negativo (società che non sia organismo di diritto pubblico) e in positivo (presenza contestuale dei predetti tre requisiti), con la conseguenza di non secondario rilievo (sol che si pensi, per esempio, all’applicabilità degli artt. 110 e 175 del predetto decreto legislativo di cui si tratterà oltre *sub cap. III, § 1*) che soltanto per le prime troverà applicazione il nuovo codice dei contratti pubblici.

Si tratterebbe, con riguardo alla seconda delle varianti appena delineate, di una società, essenzialmente, di tipo strumentale (*realizzazione di lavori o opere o la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza*): in tal caso, sarebbe pur sempre necessaria la selezione del socio privato all’esito di una gara pubblica (che, probabilmente, dovrebbe, anche in questa ipotesi, presentare un c.d. doppio oggetto) nel corso della quale dovrà accertarsi la presenza, nel socio privato, dei *requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita*.

---

<sup>264</sup> Invero, la disapplicazione del nuovo codice dei contratti pubblici dovrebbe essere circoscritta – come, del resto, lascerebbe intendere il tenore letterale della norma – solo alla “*realizzazione dell’opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite*”. Più nel dettaglio, va ricordato che, per tale via, si reintroduce una disposizione già prevista nel d.lgs. n. 163/2006: l’art. 32, co. 3. Quanto a quest’ultima, si è osservato (DI NUNZIO A., DE CARLO E., *Sub art. 17*, in MESCHINO M., LALLI A. (a cura di), *Le società partecipate dopo la Riforma Madia. Commento organico al D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Dike ed., Roma, 2016, 159 ss., spec. 164) che “*l’eccezione all’ambito di applicazione del precedente codice dei contratti pubblici, in attuazione, nella sostanza, del principio di autodeterminazione delle pubbliche amministrazioni, ammettendo la possibilità per le stesse di costituire o partecipare a società miste che avessero come oggetto la produzione di beni o di servizi non destinati al mercato – e dunque ad esse stesse diretti (società strumentali) – o la realizzazione e gestione di opera pubblica o servizio, esonerava, a determinate condizioni, le medesime società dall’applicazione delle norme sui contratti pubblici*”. In controtendenza (rispetto alla norma del previgente codice degli appalti), il successivo art. 4, co. 7, d.l. n. 95/2012 impone(va) alle pubbliche amministrazioni l’acquisizione di beni e servizi ad esse strumentali mediante procedure comparative: si obbliga(va), in altri termini, la pubblica amministrazione a rivolgersi tendenzialmente al mercato per i loro acquisti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291 in *Dejure*, ove si legge che “*il tenore del comma 7 sembra univoco nell’individuare le procedure concorrenziali come modalità necessaria di acquisizione dei beni e servizi strumentali*”). L’odierno legislatore sembra, dunque, ritornare sui suoi passi e riaffermare l’originaria previsione.

Va osservato, in merito, che un’analoga previsione è contenuta, altresì, nel secondo comma dell’art. 17 per l’opzione del partenariato pubblico privato (di tipo istituzionale), potendosi ritenere, sotto tale profilo, non particolarmente apprezzabile la differenza tra le due fattispecie (al contrario potrebbe costituire un utile *discrimen* il criterio quantitativo di cui *sub c*)<sup>265</sup>); in ambe due i casi si dovrebbe, dunque, prevedere, all’interno del bando, e, poi, verificare il possesso, da parte del soggetto privato, dei requisiti di qualificazione dettati dalla normativa generale<sup>266</sup>.

Una volta risolto, nella prospettiva intrapresa, l’interrogativo relativo all’osservanza degli equilibri concorrenziali, occorrerebbe soffermarsi – in un’ottica eminentemente di diritto societario che pure si è utilizzata nell’esaminare il requisito del controllo analogo – sul ruolo disegnato dal legislatore per il socio privato.

Si tratta, in ultima istanza, di stabilire se, pur trattandosi di una modalità di affidamento del servizio pubblico locale che necessita del rispetto di precisi vincoli motivazionali<sup>267</sup>, la previsione,

---

<sup>265</sup> In relazione a tale terza condizione, TESSARO T., *Sub art. 7*, in D’ARIES C. - GLINIANSKI S. - TESSARO T. (a cura di), *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Maggioli ed., Santarcangelo di Romagna, 2016, 68 ss., spec. 79 evidenzia come “*appare chiaro che se la società mista svolge almeno il 70 per cento dell’opera o servizio, la stessa non deve applicare il codice dei contratti ai fini dell’affidamento di lavori o servizi necessari per l’espletamento del servizio o per la realizzazione dell’opera medesimi. Per contro, alla società mista costituita ai fini di cui alla lett. c) dell’art. 4, comma 1, e che svolga in proprio meno del 70 per cento dell’appalto o concessione dell’opera o servizio (ma la cui quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30 per cento) si applica il codice dei contratti per gli affidamenti dei lavori e servizi necessari*”.

<sup>266</sup> Come ricorda SABLONE S., *Sub art. 17*, in MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, 250 ss., spec. 256-257, i requisiti di qualificazione a cui si fa riferimento sono, innanzitutto, quelli prescritti dagli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero: i) i requisiti di idoneità professionale, che devono essere attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto; ii) la capacità economica e finanziaria per la cui verifica le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono stabilire: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell’appalto (che non può comunque superare il doppio del valore stimato dell’appalto, salvo particolari circostanze); b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; c) un livello adeguato di copertura assicurativa; iii) le capacità tecniche e professionali, idonee a garantire l’esecuzione dell’appalto con un adeguato standard di qualità. Inoltre, quanto ai requisiti di qualificazione, si dovrà tener conto delle linee guida, predisposte dall’ANAC, per la disciplina dei diversi aspetti degli affidamenti pubblici.

<sup>267</sup> Invero, il precitato art. 7, co. 2, dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale prevede(va) unicamente, per tale modalità di gestione del servizio, un “*provvedimento motivato dell’ente competente, che da conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell’Unione europea*”, analogamente a quanto dovrebbe accadere nel caso di affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica. Si tenga, però, presente che, ai sensi dell’art. 5, co. 1, T.u. partecipate già citato, anche per la costituzione di una società mista, l’atto deliberativo di costituzione dovrà essere motivato “*con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all’articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio*”.

anche per la società *in house*, della partecipazione del socio privato (il quale non viene chiarito secondo quali criteri debba essere selezionato<sup>268</sup>), consentendo alla p.a. di avvantaggiarsi, comunque, del suo apporto, non induca queste ultime a perseverare nella scelta del modello dell'affidamento diretto.

Diversi, a tal uopo, sarebbero i dati normativi sui quali poter soffermare lo sguardo, ma esigenze di economia nella trattazione sospingono ad enuclearne solamente alcuni.

In primo luogo, volgendo l'attenzione limitatamente alla società mista affidataria della gestione di un servizio pubblico locale di interesse economico generale (e non anche a quella di tipo strumentale), l'attività di quest'ultima dovrebbe svolgersi, esclusivamente, a favore degli utenti appartenenti all'ambito territoriale di competenza dell'ente locale (o degli enti locali) atteso che l'art. 17, co. 1, fa menzione dell'affidamento del contratto di appalto o concessione quale “*oggetto esclusivo dell'attività*” della società a partecipazione mista medesima<sup>269</sup>. Diversamente accade nella società *in house providing* ove, come si è già rilevato, lo statuto deve prevedere che “*oltre l'ottanta*

---

*affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*”, fermo l'esercizio dei poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287 da parte dell'AGCM.

<sup>268</sup> È da ritenere, però, che, almeno nel caso in cui si tratti di società di nuova costituzione, trovino applicazione le modalità contenute nella disposizione che *prescrive* la partecipazione dei privati alla società domestica, come sembrerebbe ricavarsi dall'art. 16, co. 1, T.u. partecipate. Negli altri casi, il principio di imparzialità della p.a. (arg. ex art. 97, co. 2, Cost., ma v. pure la “*tutela e promozione della concorrenza*” richiamati dall'art. 1, co. 2, T.u. partecipate) imporrebbe, comunque, l'esperimento di una procedura competitiva o, quanto meno, adeguate forme di pubblicità e trasparenza. Espressione di tale principio sarebbe l'art. 113, co. 12, d. lgs. n. 267/2000 il quale stabilisce che l'ente locale, allorquando decida di cedere la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi pubblici, debba comunque esperire una procedura ad evidenza pubblica e che, essendo ancora in vigore, ben potrebbe trovare applicazione.

<sup>269</sup> Sotto tale profilo, va osservato che, anteriormente alla previsione di cui all'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 citata in precedenza, alla società mista era riconosciuta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Urb. e app.*, 2001, 1150; Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *Urb. e app.*, 2008, 1190) la legittimazione a partecipare, fuori del loro ambito di origine, alle gare per l'affidamento di altri servizi pubblici locali, sia pure nella misura in cui le risorse impiegate non comportassero un pregiudizio per il conseguimento dello scopo primario della società medesima. Con il co. 9 dell'appena menzionato art. 23-bis (ma v. già Comunicazione Commissione e Cons. Stato n. 456/2007 citati in precedenza) le società a partecipazione mista non avrebbero potuto “*acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare*”, essendo, in definitiva, necessario un oggetto sociale esclusivo. Il legislatore parrebbe aver aderito a quest'impostazione maggiormente rigorosa rispetto al passato, benché, sia consentito osservare, l'esclusività dell'oggetto sociale non imponga certamente un limite alla sua configurazione statutaria, ben potendo, coerentemente con l'entità e i caratteri del servizio, esser variamente articolato. D'altro canto, lo specifico oggetto della società mista, oltre che interagire con le disposizioni in materia di validità dell'atto costitutivo (art. 2332, n. 3, c.c.), pone una “*remora*” all'organo amministrativo (artt. 2361, 2384 e 2392 c.c.) e, allo stesso tempo, fissa un parametro di “*conformità*” degli atti deliberativi (artt. 2377, 2388 c.c.).

*per cento del fatturato*” derivi dallo “*svolgimento di compiti*” ad essa affidati dall’ente o dagli enti locali, essendo consentita l’ulteriore produzione “*a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala*” o “*altri recuperi di efficienza*” sul complesso dell’attività principale, così ammettendosi, anche a vantaggio del socio privato, incursioni in mercati esterni<sup>270</sup>.

Nel caso di partenariato pubblico - privato istituzionalizzato, il privato contraente si trova, inoltre, a partecipare al capitale della società per un ammontare non inferiore al *trenta per cento*; contrariamente, una simile soglia non è prevista per il socio privato nelle società *in house providing*, ma i limitati poteri a questo riconosciuti portano a ritenere che la quota di partecipazione sia notevolmente ridimensionata.

Più nello specifico, alla previsione di una percentuale minima di partecipazione al capitale sociale della società mista (affidataria della gestione di un servizio pubblico locale) dovrebbe fare da *pendant*, come stabilito dal comma 3 dell’art. 180, il *trasferimento*, in capo al socio privato della stessa società, del *rischio di domanda dei servizi resi*<sup>271</sup>, specialmente *nei casi* (come il nostro) *di attività redditizia verso l’esterno*. Una simile previsione – volendone attribuire un’interpretazione conforme alla *ratio* dell’istituto in commento – potrebbe spiegarsi alla luce della necessità che il socio privato svolga, all’interno della compagine sociale, compiti determinati<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> Occorre, ad ogni modo, richiamare l’art. 4, comma 4, il quale così dispone: “*le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall’articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti*”. Il requisito dell’esclusività dell’oggetto sociale parrebbe, dunque, tenuto distinto da quello della prevalente operatività con gli enti costituenti o partecipanti, consentendo alle società *in house* di avere come oggetto sociale esclusivo (allargato) tutte le attività elencate dal comma 2 – ad eccezione della realizzazione e gestione di un’opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d’interesse generale attraverso un contratto di partenariato, prevista alla lett. c) – e non solamente una di esse.

<sup>271</sup> Cfr. l’art. 3, co. 1, lett. ccc) che definisce il *rischio di domanda* come “*il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa*”.

<sup>272</sup> Come sottolineato da Cons. Stato, Ad. commissione speciale, parere del 1 aprile 2016, n. 855 sullo schema di Codice di contratti pubblici e dei contratti di concessione (p. 167), a proposito delle concessioni, la caratteristica precipua delle medesime idonea a differenziarle dagli appalti, è data dall’assunzione del rischio c.d. operativo, il quale è qualitativamente differente da quello sopportato da un normale appaltatore. In particolare, il recente Codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture all’art. 165, rubricato “*Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni*”, espressamente prevede che “*tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ricavi oggetto della concessione incidano sull’equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell’insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario*” (corsivi di chi scrive). Per una più puntuale definizione del “*rischio operativo*”, si rinvia all’articolo 3, comma 1, lettera zz), del medesimo Codice.



S'intende fare riferimento, in altri termini, al noto ed ampio dibattito svoltosi in seno alla giurisprudenza amministrativa sull'ambito e la portata della partecipazione del socio privato<sup>273</sup>. Finanche di recente<sup>274</sup>, è stata ribadita la necessità che quest'ultimo vada ad assumere una connotazione "operativa" all'interno della società, rappresentando tale elemento, peraltro, uno dei valori coesenziali al modulo societario misto, quale tipologia capace di abbinare, come detto, *know how* e tecnica dei privati al fine del miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico.

In argomento, va tuttavia osservato che la norma contenuta nel successivo terzo comma impone che la durata della partecipazione privata alla società non possa essere superiore "alla durata dell'appalto o della concessione"<sup>275</sup>: se, da un lato, tale previsione appare funzionale ad evitare che il socio privato si tramuti in un "socio stabile"<sup>276</sup>, dall'altro, non può trascurarsi che la stessa potrebbe costituire un disincentivo all'investimento di capitali in risorse tecnologiche da parte del privato che, all'esito dell'affidamento, potrebbe non aver, in senso qui atecnico, "ammortizzato" i denari, per l'appunto, investiti<sup>277</sup>. Diversamente dovrebbe accadere in seno alla società *in house*

---

<sup>273</sup> Già in tempi ormai remoti, il Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Foro amm.*, 1998, 2097 ss. con nota di GRAZIANO A., *La scelta dei soci privati nelle società di capitali a maggioranza pubblica: il Consiglio di Stato colma un'apparente lacuna normativa*, aveva avuto modo di affermare, seppur in maniera embrionale, che "la scelta del socio privato, infatti, dovendo questi rivestire natura e caratteri di socio imprenditore, deve cadere, in esito ad un giudizio comparativo adeguatamente formalizzato, sul soggetto che è in grado di assicurare più di altri la migliore funzionalità del servizio anche in termini di economicità. Ne consegue che pur non diventando egli, concessionario del servizio ma partner di un rapporto sociale, i suoi compiti coincidono nella sostanza con quelli tipici del concessionario". Più di recente, si rinvia per una ricognizione del detto dibattito, anche con riferimento alla portata della dizione "compiti operativi", a CALDERAZZI R., *Le società miste, il socio operativo e le attività extra moenia*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Bari, 2011, 263 ss.

<sup>274</sup> Si vedano, in particolare, Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2013, n. 1225, in *Foro amm.-CDS*, 2013, 439, nella quale si legge esplicitamente che: "nella gara c.d. a doppio oggetto, l'amministrazione che promuove la costituzione della società mista, sceglie il suo socio attraverso una procedura pubblica (il primo oggetto è dunque la qualità di socio) al fine di affidare allo stesso compiti operativi di rilievo economico, di interesse dell'amministrazione (è questo il secondo oggetto). Il socio operativo dunque prende parte alla società mista non perché vuole condividere il rischio dell'intrapresa, com'è comune per i soci di una società commerciale, ma perché vuole svolgere i compiti operativi di cui il proprio partner pubblico necessita. Lo schema societario contiene e veicola per il socio privato le utilità del contratto di appalto". In termini analoghi, cfr. pure TAR Brescia, ord., 25 ottobre 2013, n. 518, in *Urb. e app.*, 2014, 591 ss. con nota di GUERRIERI A., *Società miste, socio privato e compiti operativi* ed ivi si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

<sup>275</sup> Cfr., in tal senso, già Cons. Stato n. 456/2007 cit.; più di recente, AVCP, 21 maggio 2014, parere AG 28/14 e Cons. Stato, n. 992/2015, cit.

<sup>276</sup> Sulla necessità che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando che il socio divenga "socio stabile" della società mista: v., in passato, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, n. 824/2009 cit.; TAR Bari, 17 giugno 2009, n. 1525, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); TAR Milano, 15 settembre 2008, n. 4061, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 2352.

<sup>277</sup> Si tenga, in ogni caso, presente che il contratto di partenariato pubblico-privato viene definito dal precitato art. 3, co. 1, e) del d.lgs. n. 50/2016 come "il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni

*providing*, ove non essendo prevista una durata della partecipazione del socio privato, quest'ultimo ben potrebbe ritrovarsi a sfruttare una rendita di posizione di non poco momento.

Allo stesso modo, lo statuto della società mista dovrebbe contenere “*meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio*”. A tal proposito, si ritiene – non discostandosi dalla *ratio*, relativa alla prima parte del terzo comma dell'art. 17, appena enucleata – che la partecipazione privata alla società si giustificerebbe in funzione dell'appalto o della concessione sicché la stessa non potrebbe sopravvivere alla durata dell'appalto o della concessione (e quindi all'efficacia del contratto di servizio), dovendo venire a cessare tanto in caso di cessazione del contratto di servizio per scadenza del relativo termine, quanto in caso di risoluzione (anticipata) del contratto di servizio per cause diverse dalla scadenza del termine. All'uopo, lo statuto dovrebbe, dunque, contenere *meccanismi idonei* a consentire lo scioglimento del rapporto sociale<sup>278</sup> (mentre agevole sarebbe il rilievo dell'assenza di un'analogha statuizione nell'art. 16 del T.u. partecipate).

Passando, da ultimo, all'analisi del profilo relativo alla *governance* della società a partecipazione mista pubblico-privata – ancora una volta al fine di enucleare le peculiarità relative alla partecipazione del socio privato (e per differenza o analogia di quello partecipante ad una società domestica) –, deve constatarsi come per il socio pubblico di società mista il legislatore non disegni, almeno esplicitamente, una posizione di controllo sulla società mista.

Invero, potrebbe aversi, almeno in linea teorica, un *controllo di diritto* sia del socio pubblico, sia del socio privato<sup>279</sup> allorquando l'investimento di quest'ultimo sia tale da attribuirgli la

---

*appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate un complesso di attività ...*” (corsivo di chi scrive).

<sup>278</sup> In questi termini, DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza. Aggiornata al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*, Ipsoa ed., Milano, 2016, 1082 ss., spec. 1089-1091 ed ivi si rinvia per un esame analitico dei *meccanismi idonei* e di rango statutario e di tipo parasociale o extrasociale. Sotto tale ultimo aspetto, l'A. ritiene, infatti, che “*non potrebbe escludersi che, quanto meno accanto ad una previsione statutaria, non possa essere utile o opportuna, quando non addirittura necessaria, anche una pattuizione di carattere parasociale o extrasociale, specialmente ove si consideri che la gamma di possibili meccanismi «idonei» allo scopo potrebbe risultare in questo caso più ricca e articolata di quanto la (pur ampia) flessibilità statutaria non consenta*” (corsivo e virgolettato dell'A.).

<sup>279</sup> Nulla sembrerebbe precludere che il *controllo* possa, altresì, essere “condiviso” tra socio pubblico e socio privato. In tal caso, potrebbe trovare applicazione la seconda parte della definizione di controllo contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. b) T.u. partecipate. Quanto a tale norma, può osservarsi quanto segue: in disparte l'evidente rilievo che la formula “*il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statuarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*” utilizzata dal legislatore pare essere stata mutuata dalla definizione di “controllo congiunto” contenuta al paragrafo 3, punto 4 dello IAS 31, volendone enucleare i possibili risvolti, giova rilevare che il legislatore pare abbia inteso riferirsi non unicamente alla situazione nella quale le due controllanti (enti locali/soci)

“maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria” ai sensi dell’art. 2359, co. 1, n. 1) c.c. Parimenti, potrebbe configurarsi, a prescindere dall’entità dell’investimento nel suo capitale, una situazione di controllo, sia pur *esterno ex art. 2359, co. 1, n. 3) c.c.*, dell’ente pubblico sulla società mista; segnatamente, l’influenza dominante<sup>280</sup> del primo deriverebbe dalla sussistenza, dalla conformazione e della dinamica del rapporto contrattuale<sup>281</sup>.

In ogni caso, il legislatore del 2016 sembrerebbe aver circoscritto il “dominio” dell’ente locale-socio ai soli profili relativi alla determinazione degli obiettivi del partenariato pubblico privato istituzionalizzato, *recte* ai compiti di indirizzo e di controllo, essendo, invece, rimessa la gestione operativa della società al socio privato<sup>282</sup>. Se così non fosse, non sarebbe, infatti, possibile assegnare alle norme contenute al comma 4 dell’art. 17 in esame un differente significato.

A tale finalità risponderebbe, partitamente, l’eventuale introduzione, ai sensi della lettera a) della norma scrutinata (e in parziale analogia a quanto disposto per le società in affidamento diretto), all’interno dello statuto di una s.p.a.<sup>283</sup> di “*clausole in deroga alle disposizioni dell’art.*

---

detengano una partecipazione pressoché paritetica. Come già detto (v. *supra* parte II, § 2), in tale ultima ipotesi l’influenza esercitata congiuntamente dalle controllanti consisterà nella titolarità di un potere, almeno, negativo sulle predette decisioni relative alla controllata. D’altro canto, il riferimento a “*norme di legge o statutarie o patti parasociali*” indurrebbe a pensare che sia consentito raggiungere un simile risultato anche in presenza di partecipazioni di diversa entità (minoritarie ma paritetiche o, soprattutto, una maggioritaria e l’altra minoritaria).

<sup>280</sup> Ove s’acceda all’opinione della dottrina prevalente (CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, II, Diritto delle società, cit.*, 292 e NOTARI M., *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust, cit.*, 153-154, testo e note, ove si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici; *contra* SPOLIDORO M. S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust, cit.*, 480) che considera l’influenza dominante quale essenza della nozione di controllo.

<sup>281</sup> Non risulta superfluo richiamare l’attenzione sulla circostanza che già la giurisprudenza interna (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 1/2008 cit.), benché non sia giammai pervenuta ad esigere che la p.a. eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ha negato la legittimità dell’affidamento a società a capitale misto in assenza di “*specifiche clausole statutarie o regole di funzionamento tipiche della società che garantiscano una qualche forma di intenso e dominante controllo dell’amministrazione sulla struttura societaria*”. Più in generale, la posizione espressa nel testo corrisponde, a quanto pare, a quella di GUERRERA F., *Le società a partecipazione mista pubblico-privata, Relazione al Convegno “Le “nuove” società partecipate e in house providing alla luce dei testi unici su società partecipate e servizi pubblici locali*”, Bari, 21 e 22 ottobre 2016.

<sup>282</sup> A conclusioni analoghe era pervenuto, già prima della recente riforma, GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico - privata*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 97 ss. (spec. 125) e, analogamente, ID., *Le società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma di diritto societario*, in *Società*, 2005, 681 ss.

<sup>283</sup> Per ragioni di brevità, non ci si occuperà della compatibilità, alquanto pacifica in dottrina già prima della riforma (tale posizione si riscontra in MONZANI S., *Controllo “analogo” e governance societaria nell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, cit., 187-188; GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico - privata*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 120 ss., e LAURINI G., *Il ruolo degli statuti e dei patti parasociali nella fase genetica e funzionale delle società pubbliche*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 117 ss., spec. 120 ss.) del tipo della società a responsabilità limitata con il modello organizzativo della società mista. Si segnala, in ogni caso, la previsione di cui all’art. 17, co.4, lett. b), la

2380-bis” strumentali proprio a “*consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell’impresa*” (corsivo di chi scrive)<sup>284</sup>.

Com’è facile comprendere, si tratta, comunque, di intervenire “manipolando” lo schema legale di ripartizione delle competenze, a vantaggio, soprattutto nell’ipotesi cui da ultimo si accennava, dell’ente locale, il quale potrebbe, come parrebbe emergere dalle stesse intenzioni del legislatore, ingerirsi sull’amministrazione<sup>285</sup>, piegando nella direzione dallo stesso divisata le scelte strategiche o comunque le politiche aziendali della società mista. Si configurerebbe, stante il possibile operare delle presunzioni di cui agli artt. 2497-*sexies* c.c. e 2497-*septies*<sup>286</sup>, una vera e propria attività di direzione e coordinamento da parte dell’ente locale stesso. Ne deriverebbe, inoltre, la possibilità di applicare, come già visto a proposito delle società in affidamento diretto, tale disciplina proprio al fine di tutelare, nel caso di abusivo esercizio, gli interessi dei soci privati (di minoranza o di

---

quale consente che “*gli statuti della società a responsabilità limitata possono prevedere l’attribuzione all’ente o agli enti pubblici partecipanti o ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell’art. 2468, co. 3, del codice civile, e derogare all’art. 2479, comma 1 del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci*”. Se, per il tramite del riconoscimento di particolari diritti, si potrebbe immaginare di introdurre la possibilità di attribuire al socio privato finanche un potere “di veto” su determinate questioni (ciò che non è consentito allo stesso nelle società domestiche), la deroga all’art. 2479, co. 1, c.c. potrebbe apparire funzionale ad eliminare la facoltà di devoluzione al socio pubblico delle decisioni di competenza degli amministratori conseguendo, in tal modo, l’effetto di porlo a riparo dal rischio di coinvolgimento nella responsabilità gestoria da concorso nell’illecito degli amministratori (art. 2476, co. 7, c.c.) o, come si dirà, da abuso dell’eterodirezione (art. 2497 c.c.). In senso analogo, v., prima del T.u. partecipate, GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico - privata*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 121, e, con l’introduzione del d.lgs. 175/2016, DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, cit., 1093-1094.

<sup>284</sup> Non pare che il legislatore abbia inteso riferirsi, utilizzando la dizione “*controllo interno*”, unicamente alle ipotesi contemplate dall’art. 2359 c.c. del controllo azionario di diritto (nel caso in cui l’ente locale detenga la maggioranza del capitale sociale) e del controllo azionario di fatto (la cui sussistenza dovrebbe accertarsi, invece, in concreto nel caso di socio pubblico con partecipazione minoritaria). Infatti, il riferimento dovrebbe intendersi effettuato, altresì, al controllo contrattuale c.d. esterno ai sensi dell’art. 2359, co. 1, n. 3, c.c., potendo integrare gli estremi di un siffatto controllo proprio il contratto di servizio che dovrebbe prevedere (così GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico - privata*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 127) la riserva a favore dell’ente affidante di “*poteri di indirizzo, vigilanza e sanzione inerenti alla fase esecutiva*” del contratto medesimo. Per una distinzione tra le tre diverse fattispecie previste dall’art. 2359 c.c. cfr., di recente, SCHIUMA L., *Sub art. 2359 c.c.*, in SANTOSUOSSO D. U. (a cura di), *Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, artt. 2247-2378, Torino, 2015, 1243 ss.

<sup>285</sup> Si veda la richiamata distinzione operata da SANDULLI M., *Sub art. 2380-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società per azioni. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, cit., tra “*amministrazione*” e “*gestione*”.

<sup>286</sup> Sulla natura e gli effetti delle presunzioni richiamate cfr. NIUTTA A., *Sulla presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies* c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 983 ss.

maggioranza) ferme, naturalmente, le ordinarie azioni (sociali e dei creditori) contro gli amministratori<sup>287</sup>.

Tentando, a questo punto, una risposta al quesito che si poneva innanzi, emergerebbe la non sovrapposibilità della posizione del socio privato di società mista (socio operativo) a quella del socio privato di una società titolare di un affidamento diretto. Con riguardo a quest'ultimo, non è possibile, allo stato attuale, delineare un ruolo ben preciso, all'interno della compagine societaria, atteso che il legislatore vi ammette, come detto, la partecipazione purché “*in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*”<sup>288</sup>. A ben guardare, sebbene al socio privato di società mista possa essere riconosciuta una posizione di controllo, le osservazioni svolte dianzi conducono a ritenere che pure la società a partecipazione mista continuerà, generalmente, a configurarsi come a *controllo pubblico*. Al contempo, però, al socio privato di società *in house providing* sono precluse quelle prerogative riconosciute al socio privato di società mista in considerazione, eminentemente, del “rischio operativo” che questi viene ad assumere<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Sull'applicabilità della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento alle società miste e della relativa responsabilità, cfr. GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico - privata*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 125 ss., e VESSIA F., *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 665 ss.

<sup>288</sup> Potrebbe pensarsi, p.e., che, in tal caso, l'individuazione del socio privato possa cadere anche su un socio meramente finanziatore atteso che difficilmente le società *in house* che già gestiscono un servizio pubblico locale in maniera efficiente sarebbero disposte a rinunciare ad un po' del *know how* acquisito a favore di un privato che se, coinvolto effettivamente e non marginalmente, potrebbe anche dar luogo a delle conseguenze negative in termini, per l'appunto, di efficienza del servizio.

<sup>289</sup> Non va dimenticato, inoltre, che, ai sensi dell'art. 17, co. 4, lett. c) del T.u. in materia di società a partecipazione pubblica, “*gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato*”: rinviando ad altra sede (v. BERTELOTTI G., *Sub art. 2345 c.c.*, in SANTOSUOSSO D. U. (a cura di), *Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, cit., 854 ss.), per l'approfondimento relativo alla funzione tipica delle prestazioni accessorie (l'A. ora citato, in particolare, contrasta l'opinione prevalente secondo cui la funzione tipica delle azioni con prestazioni accessorie sarebbe quella di consentire il recupero nelle società di capitali di quelle utilità che non sono imputabili a capitale sociale, né condivide quella che le considera uno strumento per garantire l'apporto costante di materie prime, ma ritiene che esse consentano di “*fare affidamento su fornitori di beni, opere e servizi particolarmente affidabili e oculati non tanto in ragione delle loro qualità personali, quanto in virtù della posizione che gli stessi hanno nella compagine sociale, ossia della loro qualità di soci*”), è, invece, necessario soffermarsi, brevemente, sulla circostanza che il legislatore nulla abbia previsto per l'ipotesi della cessione delle suddette azioni. Pur con qualche perplessità, si dovrebbe ritenere che, non avendo il legislatore contemplato l'ipotesi della circolazione delle azioni, queste possano essere cedute solamente previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta di un “sostituto” dell'originario socio che sia in grado di svolgere la stessa prestazione strumentale alla gestione del servizio, in parziale deroga a quanto previsto dall'art. 2345 c.c., co. 2, c.c. In senso parzialmente analogo, in un diverso contesto normativo, cfr. DEMURO I., *La partecipazione del privato*, cit., 306 -307; nella giurisprudenza amministrativa v. Cons. Stato, 28 settembre 2016, n. 4140, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), con nota di SILEONI S., ARCHIMI L., *Società partecipate da enti pubblici: nulla*

Tuttavia, le deroghe al diritto comune introdotte dalla recente riforma, in parziale continuità con quanto previsto per le società domestiche, impongono, proprio nel momento in cui la natura privatistica delle società a partecipazione pubblica sembra ormai consacrata<sup>290</sup>, di verificare se, a seguito delle stesse, le società pubbliche debbano essere considerate società di diritto comune o di diritto speciale<sup>291</sup>. Interrogativo al quale si cercherà di dare una risposta nelle pagine che seguono.

---

*la clausola di prelazione statutaria prevista anche in favore di soci privati, nella quale, in termini generali, si legge: “l’obbligo di rispettare la regola dell’evidenza pubblica per l’alienazione delle quote sociali detenute in una società mista risponde ad un principio di ordine pubblico economico (anche di matrice eurounitaria) presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione fra i potenziali concorrenti”.* Per un esame delle altre categorie di azioni utilizzabili nella s.p.a. mista si rinvia a LAURINI G., *Il ruolo degli statuti e dei patti parasociali nella fase genetica e funzionale delle società pubbliche*, cit., 125 - 126, il quale riprende le osservazioni già svolte, in argomento, da GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico - privata*, cit., 113-114.

Quanto alla deroga prevista dall’art. 17, co. 4, lett. d), T.u. cit. alla durata dei patti parasociali, possono richiamarsi le considerazioni svolte *sub* nota 247, essendo necessario, nell’ipotesi di società mista con la partecipazione di più enti locali, realizzare un controllo “congiunto”. Più in generale, i patti parasociali potrebbero essere utilizzati per una peculiare regolamentazione dei rapporti, inerenti gli assetti proprietari, tra socio pubblico e socio privato.

<sup>290</sup> Si veda, in particolare, l’espressa definizione, ai sensi dell’art. 2, co. 1, lett. 1), T.u. partecipate, del termine *società* come “*gli organismi di cui al titolo V del libro V del codice civile*”.

<sup>291</sup> Pur rinviando alla bibliografia di cui alla premessa del capitolo secondo, l’espressione utilizzata nel testo viene mutuata da SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da Vincenzo Buonocore*, Torino, 2009, 1 ss., il quale la utilizza in riferimento a quelle “*fattispecie societarie regolate da norme dettate per classi di società in deroga al diritto comune (espressive, quindi, di statuti di categoria)*” in contrapposizione e a “*fattispecie regolate da norme dettate per società di diritto singolare (a fattispecie esclusiva)*” e a “*società anomale*”, ossia quelle società che, “*pur rispondendo ai requisiti della fattispecie generale (art. 2247 c.c.), presentano un ulteriore connotato di qualificazione rispetto alla fattispecie di diritto comune e di società caratterizzate da un elemento di difformità rispetto al modello codicistico*”.

## CAPITOLO II

### LA CONTINUITÀ DEL SERVIZIO QUALE (POSSIBILE) FONDAMENTO DELLE TESI NEGATIVE DELLA FALLIBILITÀ.

**SOMMARIO:** PREMessa. - 1. L'ORIENTAMENTO TIPOLOGICO-PUBBLICISTICO. CRITICA. - 1.1. (SEGUE) LA FALLIBILITÀ DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE PROVIDING*-PATRIMONIO SEPARATO. CRITICA. - 2. L'APPROCCIO FUNZIONALE E IL CARATTERE NECESSARIO DELLA SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA. CRITICA. - 3. L'ASSENZA DEL CARATTERE COMMERCIALE DELL'ATTIVITÀ ESERCITATA DALLE SOCIETÀ "IN PUBBLICO COMANDO" COME MOTIVO DI ESENZIONE DAL FALLIMENTO. CRITICA. - 4. LA PERMANENTE VALIDITÀ DELLA TESI TRADIZIONALE FORMALISTICA O NOMINALISTICA (ANCHE ALLA LUCE DELL'ART. 14 T.U. IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA). - 4.1. (SEGUE) LA GARANZIA DELLA CONTINUITÀ DEL SERVIZIO REALIZZATA ATTRAVERSO I MECCANISMI DI ALLERTA DELLA CRISI PREDISPOSTI DAL GESTORE. - 5. LE DEVIAZIONI APPLICABILI ALLE SOCIETÀ PUBBLICHE RISPETTO ALLA NORMATIVA DI DIRITTO FALLIMENTARE: IL PROBLEMA DEI BENI PUBBLICI. - 6. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

#### **Premessa.**

Dalle pagine che precedono emerge una tendenza dell'ordinamento interno volta a ricondurre il fenomeno della partecipazione delle pubbliche amministrazioni in società nell'alveo del diritto societario, residuando davvero limitati spazi da destinare a quei tentativi di "forzare" il dato normativo al fine di introdurre letture riqualificatorie del predetto fenomeno.

Prima di passare in rassegna gli sforzi, talora apprezzabili, – posti in essere dalla dottrina, segnatamente amministrativistica, e dalla giurisprudenza – per giustificare l'esenzione dal fallimento delle società, soprattutto, *in house*, occorre svolgere alcune considerazioni di sintesi relativamente ai risultati ai quali si è sinora pervenuti affinché si possa, successivamente, muovere lungo la direttrice principale della presente ricerca, ovvero il problema della fallibilità delle società pubbliche e degli strumenti atti a consentire la continuità del servizio, con passo, certamente, più sicuro.

Come si avrà modo di constatare anche nelle pagine che seguono, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza è stata catalizzata, in particolare, dal controllo analogo ritenuto – tra i requisiti legittimanti l'*in house providing* – quello maggiormente problematico atteso che occorre(va) garantire una penetrazione del socio (pubblico) nella gestione dell'impresa in forma collettiva prima sconosciuta al diritto societario.

Non si ritornerà su tali profili avendo, questi ultimi, costituito già oggetto di disamina; d'altro canto, le suggestioni rivenienti dall'art. 2 T.u. partecipate, letto in combinato disposto con il

successivo articolo 16, con riguardo alla nozione di controllo (non solo, evidentemente, quello analogo) sono molteplici e meritano di essere, brevemente, segnalate. Infatti, accanto alla definizione generale di “controllo” individuata nella “*situazione descritta dall’art. 2359 c.c.*”, se ne rinviene un’altra, ovvero quella relativa al controllo analogo, la quale si sostanzia nell’esercizio di un’*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*.

Raffrontando il *controllo analogo* e il *controllo* dell’ente locale sulla *società a controllo pubblico*, l’impressione che se ne ricava potrebbe essere foriera di un interrogativo: se il controllo necessario perché si possa procedere all’affidamento ad una società *controllata* (anche società mista, però, all’esito, beninteso, della gara c.d. a doppio oggetto) debba possedere un’intensità maggiore rispetto a quello richiesto per procedere all’*in house providing*. Il dato testuale sembrerebbe cospirare a favore di una simile conclusione: da un lato, il controllo sulla società potrebbe coinvolgere, finanche, l’intera azione imprenditoriale della medesima, dall’altro, il controllo analogo si estenderebbe unicamente all’*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni significative*, restando, come più volte ribadito, discreti spazi di autonomia per il *day to day management*.

Va da sé che una simile problematica induca ad interrogarsi, in primo luogo, se quella disegnata dal legislatore non integri un’ulteriore definizione di controllo che si vada ad aggiungere a quelle già presenti nella legislazione speciale<sup>292</sup>, e, poi, se, scandagliando l’essenza stessa del controllo, quest’ultimo costituisca, in definitiva, un “tipo” o una nozione. Si tratta di questioni che richiederebbero ben altri spazi di approfondimento e nelle quali, dunque, è preferibile, come si è già avuto modo di dire, non imbattersi. Volendo, comunque, delineare gli elementi costitutivi del controllo, è possibile addivenire alla generale considerazione che esso si sostanzia in una relazione di influenza tra un soggetto e un’impresa.

Partendo da tale elementare constatazione, l’ulteriore sforzo di astrazione consiste nell’enucleare la variabile di un simile rapporto tale per cui, fermi i soggetti, sarà la relazione di influenza a determinarne il significato ed il contenuto; ciò significa che la “nozione” di controllo dipenderà, volta a volta, dai parametri introdotti in sede legislativa<sup>293</sup>.

Utilizzando una siffatta chiave di lettura nell’interpretare il “*controllo*” e il “*controllo analogo*” come introdotti dal T.u. partecipate – tralasciando, ma solo per il momento, il controllo congiunto –, è agevole notare che mentre per il primo la variabile è quella ben nota dell’art. 2359 c.c., per cui l’influenza si conetterà al dominio del socio pubblico sulla società *controllata*, maggiormente

---

<sup>292</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a quanto già rilevato *sub* nota 228.

<sup>293</sup> In senso conforme, cfr. già NOTARI M., *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, *cit.*, 203 ss.



problematico risulta, con riguardo al secondo, comprendere quale sia il parametro che ci consente di fissare la variabile utile a nostri fini.

Il travaso del “controllo analogo” dal diritto amministrativo al diritto commerciale – atteso che, secondo chi scrive, l’espressione “*analogo a quello esercitato sui propri servizi*”, presente nell’attuale contesto normativo (cfr. art. 2, co. 1, lett. c), T.u. partecipate), non andrebbe oltre una portata meramente metaforica<sup>294</sup> – non è scevro da preoccupazioni per l’interprete. Si potrebbe, d’acchito, ritenere che, in questo caso, la variabile sia, come detto, costituita dall’influenza determinante; ma, il rischio nel quale potrebbe incorrersi è presto detto: accedendo, infatti, alla nota opinione che distingue l’influenza determinante da quella dominante a seconda dell’intensità<sup>295</sup> si rischierebbe di tornare all’interrogativo come formulato qualche riga più avanti.

In particolare, per tale via, si disconoscerebbe il tratto identificativo del controllo analogo e soprattutto, dal punto di vista della parità di trattamento tra gli operatori, non si vedrebbe per quale ragione la società *in house* debba usufruire di una posizione di così ampio privilegio: non solo non sarebbe necessario passare neppure per il tramite della concorrenza per il mercato, ma si renderebbe ancor più flebile la giustificazione addotta a sostegno di una simile eccezione a tale regola. Infatti, così facendo, il socio pubblico potrebbe procedere ad un affidamento in via diretta alla società *in house* in virtù di un’ingerenza limitata ai soli atti di alta amministrazione, non essendo, al contrario,

---

<sup>294</sup> Infatti, essendo al diritto societario ignote forme di “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”, non resterebbe che interpretare una simile espressione come esemplificativa della necessità che il socio pubblico assuma - affinché possa ritenersi legittimo un affidamento diretto - nei confronti della società domestica un atteggiamento (controllo) analogo a quello che esso, in qualità di amministrazione, svolgerebbe nei confronti dei propri uffici. Non a caso, quando il legislatore utilizza tale figura la riferisce all’amministrazione e non a quest’ultima nella qualità di socio: v. art. 2, co. 1, lett. c) e art. 16, co. 1, T.u. in materia di società a partecipazione pubblica nelle quali si legge, in termini pressoché speculari, “*nelle società a controllo pubblico ... sulle quali l’amministrazione esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*” (corsivo di chi scrive).

<sup>295</sup> Per i riferimenti bibliografici si rinvia *sub* nota 230. Va aggiunto che, di recente, pure, LAMANDINI M., «Controllo» di società, *cit.*, 320-321 sembrerebbe, per certi versi, aver aderito a tale impostazione ove rileva che “*il «tipo», a differenza del «concetto», resta unitario anche laddove l’elemento aggregante delle fattispecie - e cioè il tratto minimale del potere - abbia un contenuto che si colloca, anche a seconda che ricorra o non ricorra la partecipazione al capitale, lungo una «retta continua» da un minimo consistente nel potere di influire in modo determinante sulle deliberazioni assembleari al fine della nomina e revoca degli amministratori della società ad un massimo consistente nella direzione esterna dell’azione imprenditoriale delle società, e cioè nell’esercizio concreto di direzione e coordinamento*” (virgolettati dell’A.).

Se si esamina il T.u. partecipate, pare, altresì, emergere una diversificazione tra le due manifestazioni. Ci si riferisce, segnatamente, all’art. 16, co. 1: ai soci privati è consentito partecipare al capitale della società affidataria in via diretta a condizione che tale forma di partecipazione non comporti “*controllo o potere di veto*” né “*l’esercizio di influenza determinante*”. Una simile affermazione potrebbe spiegarsi sì come riproduzione in ambito nazionale di quanto già previsto nelle ormai note direttive (p.e., v. art. 12, paragrafo 1, lett. c, dir. 2014/24/UE), ma, valorizzando la previsione di cui all’art. 2, anche come espresso riconoscimento di una diversa - sebbene, in concreto, il risultato non muti - portata del controllo (*ergo*, ove considerata l’essenza di quest’ultimo, dell’influenza dominante) e dell’influenza determinante.

tenuto ad operare quel penetrante controllo che consente, *rectius* consentiva, di considerare la società domestica alla stregua di un organo dell'amministrazione.

Insomma, se è vero che il legislatore del 2016 pare aver ridimensionato grandemente l'atteggiamento, a tratti, oltranzista della Corte di Giustizia (in ciò, evidentemente, preceduto dal legislatore europeo) non sembra possibile pervenire ad una conclusione che, in considerazione del dato testuale, reputi l'influenza determinante necessaria ad instaurare l'affidamento *in house* un *quid minus* dell'influenza dominante del socio pubblico sulla società *controllata*.

Innanzitutto, quest'affermazione andrebbe raffrontata con la stessa *rubrica legis* dell'art. 16 T.u. partecipate la quale recita "*società in house*", cioè la società sulla quale "*un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto*" (così l'art. 2, co. 1, lett. o). Ora, se si legge tale titolo (e il relativo enunciato) alla luce della definizione di "*società a controllo pubblico*" fornita dall'art. 2, co. 1, lett. m), ovvero "*le società in cui uno o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo*" e di quella di controllo, cioè "*la situazione descritta nell'art. 2359 c.c.*", potrebbero ricavarsi conclusioni di diverso segno rispetto all'assunto ora considerato.

Sono note, tuttavia, le difficoltà che la teoria dell'interpretazione giuridica incontra nell'individuare il valore esegetico da assegnare alla rubrica della legge<sup>296</sup>, sovente compendiato nel brocardo "*rubrica legis non est lex*"<sup>297</sup>; sembrerebbe, allora, preferibile prescindere, potendo, in termini generali, notare come la situazione che si viene a realizzare nelle società *in house* venga a coincidere, sul piano stesso dell'assetto societario, proprio con quella descritta dalla previsione codicistica. Per definizione, l'ente locale (socio) detiene la maggioranza delle azioni della società domestica, potendo integrare una siffatta posizione, sicuramente, un controllo interno di diritto; ove, invece, il socio privato si trovi in possesso di una partecipazione non irrisoria (ciò che, per quanto si è detto nelle pagine precedenti, pare raramente praticabile), l'ente medesimo ben potrebbe esercitare quello di fatto. Né dovrebbero sussistere, infine, particolari dubbi nel ravvisare l'influenza dominante di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3) c.c. per il tramite della stipulazione del contratto di servizio.

---

<sup>296</sup> Cfr., tra i primi ad affrontare una simile problematica, CRISAFULLI V., voce "*Disposizione (e norma)*", in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss.

<sup>297</sup> V., però, la posizione di TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civile e commerciale*, cit., 103 ss. (ma cfr., pure, pp. 209-210 dalle quali si cita), il quale, tra l'altro, affermava che "*una volta che si riconosca che le intitolazioni interne ed in particolare le rubriche fanno parte della legge, si è portati a riconoscere che esse sono vincolanti alla stessa stregua di tutti gli altri elementi del discorso legislativo. Perciò, quando si è in presenza di una definizione legislativa mediante rubrica o mediante intitolazione interna, si deve concludere che essa vincola*".

Ad avvalorare la tesi che l'ente locale (socio) si trovi in una posizione, comunque, assimilabile all'influenza dominante, è possibile, inoltre, citare l'assoluta novità, nel panorama del diritto della società azionaria, della possibile deroga alla disposizione di cui all'art. 2380-*bis* c.c. Una clausola statutaria che facoltizzi, per esempio, il socio pubblico ad impartire direttive o, come già detto, veri e propri ordini all'amministratore della società di autoproduzione non potrebbe che essere letta come un rafforzamento della posizione del socio pubblico che, com'è agevole intuire, non si limiterà a determinare gli obiettivi strategici e a prendere le decisioni significative relative alla società, ma, con buona probabilità, interverrà, altresì, nella gestione "quotidiana".

Al fine di prevenire possibili obiezioni alla prospettazione qui avanzata, la quale verrebbe a porsi, per certi versi, in contrasto con il tenore letterale della norma (*rectius*: con la sua rubrica), occorre sottolineare che, in questa sede, non si vuole proporre una rilettura o, peggio ancora, una riqualficazione del controllo analogo come definito dall'odierno legislatore – ciò che postulerebbe un vero e proprio errore di quest'ultimo<sup>298</sup> –; più semplicemente, si è persuasi, giova ribadirlo, circa la necessità che, per potersi derogare alla regola del confronto competitivo (la gara), sia necessaria un'influenza ben maggiore di quella che riconosca al socio pubblico, in ipotesi, un mero potere di veto sulle decisioni più importanti.

A suffragare tale soluzione potrebbe richiamarsi, per l'appunto, la situazione che, sul piano empirico, si verifica (ed è destinata a concretarsi anche in futuro) nelle società a controllo pubblico con una certa regolarità: l'ente locale siede in assemblea con un pacchetto azionario tale da rappresentare la maggioranza delle azioni con diritto di voto – potendo, dunque, tra l'altro, nominare e revocare l'amministratore<sup>299</sup> –, e, in virtù della clausola prima menzionata (*et similia*), sarebbe in grado, altresì, di esercitare un'influenza extra-assembleare sullo stesso.

---

<sup>298</sup> La teoria c.d. dell'errore legislativo o, il che è lo stesso, la teoria c.d. della non vincolatività delle qualificazioni e delle definizioni legislative trova ancora oggi larga diffusione: per un esame della problematica v. DELLACASA M., *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 9 ss. ed ivi si rinvia per ulteriori riferimenti in letteratura (nt. 41). Non a caso, l'A. considera (pp. 41 ss.) emblematica del "disagio semantico" in cui il legislatore incorre nell'offrire definizioni legislative, per l'appunto, la nozione di "controllo" contenuta nell'art. 2359 c.c.: il legislatore speciale, si osserva, "non riformula compiutamente la definizione del termine «controllo» nelle diverse sedi ove essa è destinata ad essere applicata, ma adotta la tecnica di rinviare alla normativa codicistica, per poi apportare sostanziali integrazioni o rettifiche".

<sup>299</sup> Il discorso sul potere del socio pubblico di nomina e revoca di amministratori e sindaci implica, quantomeno, un cenno all'art. 2449 c.c. Tale disposizione è stata, brevemente, analizzata *sub* § 1, parte I, primo capitolo, ma occorre dar conto delle successive vicende che hanno condotto all'attuale versione. Infatti, la Corte di giustizia dell'Unione europea, con sentenza 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04 in *Giur. comm.*, 576 ss., con nota di DEMURO I., *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, ha ritenuto che la "deroga" alla disciplina codicistica, così come configurata nell'originaria versione, contrastasse con i principi europei di libera concorrenza. In particolare, si è affermato che tale disposizione "consente agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggior

Nulla esclude che, trattandosi, pur sempre, di una presunzione, sarebbe ammissibile, nel caso concreto, una prova contraria consistente nella dimostrazione che all'ente locale o, soprattutto, agli enti locali (nell'ipotesi del controllo analogo congiunto) sia bastevole per rendere "cogenti" le proprie direttive un'*influenza determinante* sulle decisioni più importanti inerenti la società.

Tentando, a questo punto, di individuare la variabile che consenta di definire il controllo analogo, nei paragrafi precedenti si è ritenuto di configurare, da parte dell'ente locale, una vera e

---

*rilievo rispetto a quanto sarebbe loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti*". La legge 25 febbraio 2008, n. 34 recante "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 2007*" ha, successivamente, modificato la norma in commento, disponendo che lo statuto possa conferire all'azionista pubblico "*la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale*".

La recente riforma non pare abbia inciso sulla possibilità di introdurre nello statuto della società per azioni partecipata "*che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio*" il potere speciale di nomina o revoca diretta, o se si preferisce extra-assembleare, di "*componenti di organi interni della società*", come pare emergere dall'inequivoco tenore letterale dell'art. 9, co. 7, T.u. partecipate. Diviene, d'altro canto, interessante interrogarsi circa gli effetti che la previsione codicistica del vincolo di proporzionalità pare destinata ad assumere sulla *governance* della società partecipata. A tal uopo, potrebbe essere utile operare una distinzione in ragione dell'eventuale diversa *consistenza* della partecipazione azionaria detenuta dal soggetto pubblico.

Nel caso di società partecipate in via minoritaria dall'ente locale (p.e. società mista, composta da due soci, con partecipazione del socio privato in misura superiore al cinquanta per cento del capitale sociale) il cui organo amministrativo sia costituito da un amministratore unico, l'introduzione nello statuto di un simile potere speciale di nomina sarebbe lesiva del principio di proporzionalità in quanto il socio pubblico potrebbe, per il tramite di questo, alterare, in modo surrettizio, gli equilibri tra le forze di maggioranza e minoranza all'interno della compagine sociale; diversamente, nel caso di organo collegiale, l'ente locale potrebbe riservarsi il potere di nomina diretta, presumibilmente, di un amministratore anche se, in tal caso, il rispetto del limite della proporzione dovrebbe essere, comunque, valutato alla luce della circostanza che la p.a. potrebbe partecipare alla nomina dei restanti amministratori in assemblea. In termini generali, sia consentito osservare che proprio nelle società miste la finalità sottesa al rispetto del principio di proporzionalità, vale a dire affidare il controllo della società alla forza di maggioranza, pare essere "frustrata", almeno, in un senso: "*gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-bis del codice civile al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa*". Si tratta, evidentemente, di una norma sulla quale si è già avuto modo di riferire per cui non ci si addentererà nell'esame.

Nell'ipotesi in cui il socio pubblico possieda, invece, la maggioranza assoluta del capitale sociale, il potere speciale di nomina o di revoca diretta potrebbe trovare cittadinanza all'interno dello statuto della società (soprattutto se *in house*), consentendo all'ente locale (socio) di non avvalersi del procedimento assembleare ed evitando, per tale via, che l'esercizio di tali poteri rimanga esposto a tutti i vizi tipici del procedimento assembleare.

Su tali problematiche, prima della recente riforma, cfr. GHEZZI F., VENTORUZZO M., *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, 668 ss.; PECORARO C., *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, 947 ss.; DONATIVI V., *La nomina pubblica alle cariche sociali*, in *Trattato di diritto commerciale fondato da Buonocore V., diretto da Costi R.*, Torino, 2010, e, da ultimo (anche con riferimento al meccanismo c.d. dello *spoils system*), BLANDINI A., *La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Liber amicorum Pietro Abbadessa, Società, banche e crisi d'impresa, cit.*, 917 ss.

propria (etero) direzione della società *in house*<sup>300</sup>, la quale darà luogo, indipendentemente dalla circostanza che rilevi come fatto o in virtù di un contratto o di clausole dello statuto, all'applicazione della relativa disciplina.

Così facendo, la recente sopravvenienza legislativa rende, per dir così, permeabile il rapporto tra organi sociali assegnando, anche per il tramite della possibile deroga alla regola dell'esclusiva competenza gestoria degli amministratori, al socio pubblico (o ai soci pubblici) la possibilità di incidere, in modo dominante/determinante, sulle scelte relative alla gestione dell'impresa in forma collettiva. L'impressione, allora, sarebbe, come in una sorta di ricorso storico di vichiana memoria, di un modello di società a partecipazione pubblica o, soprattutto, a controllo pubblico replicante, a tutt'oggi, quelle peculiarità, già note, legate all'impiego dell'istituto dell'ente pubblico economico ove, come già rilevato, i centri decisionali dai quali promanavano le direttive erano collocati al di fuori dell'ente metaindividuale adoperato<sup>301</sup>.

Quest'ultimo punto necessita, d'altro canto, di esser precisato. Diverso, come ognuno vede, è l'orizzonte di riferimento: qualora la p.a. intenda intervenire nell'economia, potrà farlo a condizione non solo che rispetti il vincolo di scopo (e di attività) di cui all'art. 4 T.u. partecipate (sul quale v. cap. I, parte I, § 5 e, oltre, le *Riflessioni conclusive*), ma, soprattutto, dovrà avvalersi solamente del tipo società per azioni o di quello a responsabilità limitata, secondo quanto previsto dall'art. 3, co.

---

<sup>300</sup> Non a caso, riprendendo quanto detto or ora, mentre la situazione di controllo vede l'azione del socio di maggioranza svolgersi entro i confini delle procedure assembleari, stante, com'è noto, la delimitazione, operata dalla riforma del diritto societario (per un'approfondita analisi, anche con riguardo alla disciplina antecedente al d.lgs. n. 6/2003, della ripartizione delle competenze tra amministratori e assemblea nella s.p.a. v., accanto alla bibliografia richiamata *sub* nota 216, BUSI C. A., *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza E. e Gabrielli E., Padova, 2008, 54 ss.), dell'intervento assembleare nella gestione della società per azioni; di contro, l'esercizio della direzione unitaria vede il socio di maggioranza influire sulla gestione, andando ben oltre i detti confini.

Giova segnalare, inoltre, che nel testo si aderisce alla tesi - sostenuta in dottrina, tra gli altri, da BUSSOLETTI M., LA MARCA E., *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 65 ss., spec. 80-81 (*contra* SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, *cit.*, 40-41) - che considera estranea al plurale utilizzato dal legislatore nell'art. 2497-*sexies* c.c. la finalità di escludere dalla responsabilità di cui al capo IX la società o l'ente che controlli una sola società. Ciò sulla base dell'imprescindibile presupposto che, da un lato, la tutela del socio di minoranza e dei creditori sociali di una data società non può essere diversa a seconda che il socio di maggioranza ne controlli altre o solo quella, dall'altro, le prerogative di fatto o di diritto del socio di maggioranza non sono diverse a seconda che ne controlli altre o solo quella. Per gli ulteriori profili di approfondimento in proposito, cfr. quanto si è più diffusamente scritto sopra *sub* cap. I, parte II, § 2.

<sup>301</sup> Sul punto, oltre a quanto già detto *sub* cap. I, parte I, § 2 (alla bibliografia ivi richiamata *adde* ROSSI A., voce "*Società con partecipazione pubblica*", in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1 ss.), non può non rammentarsi che già nel sistema delle partecipazioni statali MENGONI L., *Sul concetto di azienda con prevalente partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 153 ss., scrutinando il significato da annettere all'espressione "aziende con prevalente partecipazione statale" di cui all'art. 3, co. 3, della citata legge n.1589/1956, giungeva, *mutatis mutandis*, a conclusioni non dissimili da quelle alle quali si è pervenuti nel testo.

1, del medesimo T.u., con la (possibile) eccezione, nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, dell'azienda speciale.

Non possono, allo stesso tempo, sottacersi la pluralità di deroghe, per l'appunto, al diritto della società per azioni e, anche se in minor misura, a quello della società a responsabilità limitata tanto che, concludendo l'ultimo paragrafo del precedente capitolo, si è posto l'interrogativo se queste ultime non siano tali da "trasfigurare" il tipo e da rendere le società, oggetto di esame, di diritto speciale.

Di specialità, secondo una parte della dottrina giuscommercialistica che si è occupata più da vicino del nostro tema<sup>302</sup>, è possibile parlare in un duplice senso: al significato (forse più tecnico) che richiama il rapporto di genere a specie, potendosi definire, alla stregua di questo, società di diritto speciale solo una figura associativa conforme ad uno dei modelli societari codicistici, se ne aggiunge un altro (da utilizzarsi al fine di designare le società di diritto speciale) che si distacca da quel rapporto e ricollega, viceversa, la specialità di una data forma societaria alla difformità rispetto a quei modelli.

Secondo altra opinione prima richiamata<sup>303</sup>, una simile distinzione conterrebbe elementi di "promiscuità" e andrebbe corretta nel senso di considerare come tali solo quelle fattispecie societarie "*regolate da norme dettate per classi di società in deroga al diritto comune*" e il compito dell'interprete consisterebbe proprio nel ricercare "*l'esistenza di momenti di omogeneità nelle singole discipline pur tenendo conto della diversità di interessi e di situazioni alla base delle deroghe al diritto comune delle società la cui tutela, indipendentemente dal ricorso alla forma societaria, può essere affidata alternativamente a strumenti di tipo pubblicistico o privatistico*"<sup>304</sup>.

Non si tratta, evidentemente, di una questione che esaurisce i suoi effetti a livello meramente nominalistico, ma ne riverbera altri anche sul piano pratico: parlare, infatti, di società di diritto

---

<sup>302</sup> Il riferimento è, segnatamente, a IBBA C., *Le società «legali»*, Torino, 1992, 9 ss., spec. 13 dalla quale si cita nel testo.

<sup>303</sup> Cfr. SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, cit., 2-3; v. già MARASÀ G., voce "*Società speciali e società anomale*", in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1 ss., il quale propone - proprio al fine di evitare "confusioni terminologiche" - di mutare la denominazione da società di diritto speciale in "*società anomale*".

<sup>304</sup> Tale ragionamento consente di configurare una molteplicità di "tipi" di società a partecipazione pubblica: così, p.e., CAMMELLI M., DUGATO M., *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità di tipi*, in CAMMELLI M., DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 1 ss., i quali ne individuano almeno tre, vale a dire società "chiuse" (tra le quali le società *in house* assoggettate alla disciplina del libro V del cod. civ., salve le deroghe dettate da norme e principi, nazionali ed europei), società "protette" (operanti in regime di riserva di attività e alle quali si applicano le norme del titolo V oltre a quelle definite dalla riserva medesima) e società "aperte" (per le quali valgono le normali regole codicistiche).

speciale significa ammettere che il tipo, quale modello organizzativo, della società per azioni<sup>305</sup> o quello della società a responsabilità limitata venga “piegato” all’applicazione di un apparato normativo (disciplina) che trova la sua ragion d’essere nella presenza del socio pubblico<sup>306</sup>.

Questo ragionamento potrebbe, per certi versi, essere fuorviante e, se portato alle estreme conseguenze, conduce, com’è accaduto, alle “derive” riqualificatorie delle quali si darà ampiamente conto nelle pagine successive<sup>307</sup>. Occorre, allora, ribadire che le deroghe alle quali si fa qui riferimento rimangono circoscritte nell’ambito del diritto societario ed è alla stregua di questo che va indagato il significato e il grado di specialità della disciplina appena introdotta<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> Com’è noto, SPADA P., *Dalla nozione al tipo della società per azioni trent’anni dopo*, in GITTI G., DELFINI F., MAFFEIS D. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Tomo IV, Milano, 2015, 2831 ss., spec. 2837 ss., individua una polivalenza del termine “tipo”: *tipo come istituto; tipo come modello socio-economico* e (nell’accezione utilizzata nel testo) *tipo come modello di atto di autonomia privata, dunque fattispecie organizzativa*.

<sup>306</sup> Tra gli studi che di recente hanno sperimentato la praticabilità di una prospettiva generale che vada a ricercare le caratteristiche delle partecipazioni pubbliche non tanto perseguendo un’analisi delle società cui ineriscono, quanto una caratterizzazione, per l’appunto, del socio pubblico, si segnala ANGELICI C., *In tema di «socio pubblico»*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 175 ss.

<sup>307</sup> Non dissimile, benché costituisca un fenomeno - sotto molteplici aspetti ma non *in toto* - differente, è stato l’atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto, amministrativistica (v., tra i contributi più recenti, GRUNER G., *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009) con riguardo alle società di diritto singolare o legale, ovvero quelle società che traggono origine non già in atti di autonomia privata ma, invece, da fonti istitutive o costitutive del tutto eteronome rispetto alle singole compagini societarie ed in particolare rispetto ai loro azionisti. Si tratta di un fenomeno assai complesso attesa la difficoltà di operare non solo un censimento delle medesime, ma soprattutto di pervenire, per l’appunto, al corretto inquadramento della natura di tali enti: tra gli studi che meglio approfondiscono tali profili, anche attraverso una rigorosa ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali (privatistiche e pubblicistiche), si rinvia a PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007. Uno dei principali indagatori di queste società, pronunciandosi per il loro carattere privato malgrado l’intervento legislativo nella loro costituzione, è IBBA C., *Le società «legali»*, cit.; ID., *Gli statuti singolari*, in COLOMBO G.E., PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 521 ss.; ID., voce “Società legali e società legificate”, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1 ss. e, più di recente ma in termini generali, ID., «Generale» e «speciale» nel diritto dell’iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 473 ss.

Con il recente T.u. in materia di società a partecipazione pubblica, il dibattito sull’argomento è destinato a conoscere, con buona probabilità, una nuova stagione e, in ogni caso, non trova definitiva sistemazione (con buona pace del criterio della legge delega n. 124/2015 finalizzato al riordino, in un unico contesto normativo, di tutte le diverse discipline speciali): si pensi agli artt. 1, co. 4, lett. a) e 4, co. 9 cui si farà cenno *sub* nota 686. Per le “criticità” rivenienti dalla formulazione di tali norme, cfr. il Parere del Cons. Stato, Ad. Comiss. spec., 21 aprile 2016, n. 968 sullo schema di decreto legislativo.

<sup>308</sup> D’altronde, volendo allargare il campo visivo, anche la riforma del diritto societario - sebbene una tale tendenza già fosse tangibile nella legislazione italiana precedente - conferma l’opportunità di pensare *alle* società per azioni piuttosto che *alla* società per azioni; in altri termini, non può non convenirsi circa l’assoggettamento della società per azioni di diritto comune a regimi e statuti differenziati in forza di presupposti estranei alla sua identità come fattispecie, ovvero come codice organizzativo. Segnatamente, si tratta di una diversificazione dei regimi che, in realtà, prescinde dalla specificità dell’oggetto sociale e che sembra, invece, più opportunamente “razionalizzabile” sul terreno del diritto

L'alternativa interpretativa da sperimentare mira, conseguentemente, a verificare se - una volta che il legislatore abbia espressamente definito l'iniziativa delle pp.aa. come società per azioni o a responsabilità limitata - sia più proficuo non già confrontarsi con problemi tipologici, bensì con interrogativi di compatibilità del regime residuale (diritto azionario comune) rispetto a quello speciale<sup>309</sup>. Ciò, evidentemente, richiede la preliminare analisi, affidata alle pagine che seguono, della soluzione offerta dal legislatore del 2016 al problema della fallibilità delle nostre società.

Nella prospettiva privilegiata nella presente ricerca, infatti, non pare possibile non dar conto delle svariate opzioni interpretative che la dottrina e la giurisprudenza hanno - in un arco di tempo relativamente breve - elaborato a proposito della fallibilità delle società in mano pubblica e, partitamente, *in house*.

Si potrebbe ritenere ormai fuori luogo, o comunque un mero esercizio di stile, una simile rassegna critica stante l'espressa disposizione di cui all'art. 14 T.u. in materia di società partecipate; eppure, come si avrà occasione di notare, nella maggior parte dei casi, le pronunce negatrici dell'assoggettamento alle procedure concorsuali hanno fondato una simile conclusione proprio sulla necessità di garantire la continuità del servizio pubblico locale, ritenuta incompatibile con l'interruzione dell'attività d'impresa conseguente alla sentenza di fallimento.

## 1. L'orientamento tipologico-pubblicistico. Critica.

L'osservazione posta a fondamento dell'orientamento tipologico-pubblicistico - il primo ad essersi affermato in contrapposizione a quello tradizionale tipologico-privatistico<sup>310</sup> - prende, in

---

dell'impresa e non, dunque, delle figure soggettive che la esercitano. In questi termini, la dottrina che si è occupata *ex professo* di indagare l'identità tipologica della società per azioni: SCIUTO M., SPADA P., *Il tipo della società per azioni, Trattato delle società per azioni diretto da Colombo G.E. e Portale G.B.*, 1\*, Torino, 2004, 3 ss., spec. 84-85. Per l'opinione che ritiene che alla predetta riforma sia sottesa "l'idea del superamento, anche terminologico e linguistico, del concetto di «tipo», in quanto troppo legato, almeno nelle suggestioni di teoria generale che evoca, ad una decisa rigidità funzionale, assolutamente predeterminata in via legislativa" cfr. LA PORTA U., *Dal «tipo contrattuale» al «modello di società»: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Società*, 2002, 12 ss. Più in generale, nel senso che con la riforma del 2003 la "tipicità-imperatività del diritto societario" abbia lasciato ampi margini all'autonomia privata v. D'ALESSANDRO F., "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 34 ss.

<sup>309</sup> In tal senso, SCIUTO M., SPADA P., *op. cit.*, 91.

<sup>310</sup> Il primo precedente giurisprudenziale, nel quale si fa ricorso all'approccio tipologico-pubblicistico per giustificare l'esenzione dal fallimento, è Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. fall., decr., 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 713 ss. con nota di D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, il quale viene, comunemente, considerato il *leading case* dell'indirizzo giurisprudenziale (comprensivo anche dell'approccio funzionale) tendente all'esonero dal fallimento delle società pubbliche. Nella specie, si trattava di una società per azioni derivante dalla trasformazione di preesistenti consorzi di gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 35 L. n. 448/2001, totalitariamente partecipata da enti



particolare, le mosse dalla constatazione dell'esistenza nella fenomenologia della partecipazione dello Stato o degli enti locali nelle attività economiche di soggetti *formalmente* privati ma *sostanzialmente* pubblici.

Si tratta di un approccio interpretativo volto a dar prevalenza, in altri termini, alla sostanza sulla forma e non si può, certamente, affermare che esso costituisca una novità assoluta nell'ambito della giurisprudenza e della dottrina nostrana. A mo' di esempio (tra i più noti), è possibile citare la pronuncia con la quale la Corte costituzionale<sup>311</sup> ha esteso – all'indomani dell'avvio del processo di privatizzazione – il controllo contabile anche nei confronti delle società figlie dei provvedimenti, sopra richiamati, di “trasformazione”, ma, a tal uopo, riqualficate *come* enti pubblici (mercé la loro natura, asseritamente, “speciale”<sup>312</sup>). La forzatura, sotto il profilo logico, che simili operazioni ermeneutiche sono in grado di generare è stata già, sommariamente, segnalata; non a caso, il Giudice delle leggi precisava, sin da quell'occasione, che il controllo in questione avrebbe perso la

---

locali e operante nel settore dei rifiuti. Questo arresto rompe con il tradizionale orientamento della giurisprudenza di legittimità - inaugurato da Cass., 10 gennaio 1979, n. 158 in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 80 (da cui si cita) - fondato sul rilievo che “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 e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio”. Di poco successiva, ma sovente pretermessa nel novero delle sentenze (più remote) che hanno aderito a tale indirizzo, Cass., sez. I, 5 giugno 1987, n. 4912, in *Fall.*, 1987, 1233 ove si legge che “la qualifica di imprenditore soggetto a fallimento, ai sensi dell'art. 1 l. fall., va riconosciuta a chi esercita in regime di concessione un'attività di trasporto di persone e di cose, anche se tale attività è assoggettata ad un peculiare regime di prezzi e costi, ricorrendo in essa tutti i requisiti previsti dall'art. 2082 c.c., in particolare l'economicità dell'attività svolta dal concessionario e lo scopo di lucro cioè l'obiettiva idoneità dell'attività stessa a produrre un profitto”. All'esame del metodo tipologico-privatistico si rinvia *infra sub* § 4.

<sup>311</sup> Il riferimento è, in particolare, alla sentenza della Corte Cost. 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur. comm.*, 533 ss., con nota (critica) di MAUGERI M., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*. Per alcuni rilievi critici cfr., pure, GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998, 374 ss.

<sup>312</sup> Si legge, testualmente, nella sentenza citata nella nota precedente (ma non è chiaro con quanta contezza nell'utilizzo dell'attributo “speciale”: probabilmente nel senso, già evidenziato nella *Premessa*, di regole dettate per classi e in deroga al diritto comune) che “si può richiamare la natura di “diritto speciale” che va riconosciuta a dette società e che viene a emergere dal complesso della disciplina adottata al fine di regolare il processo di “privatizzazione”: natura che risulta connotata ... sia dalla costituzione che dalla struttura e dalla gestione delle nuove società e che viene a specificarsi attraverso la previsione di norme particolari - differenziate da quelle proprie del regime tipico delle società per azioni - sia in tema di determinazione del capitale sociale ..., sia in tema di esercizio dei diritti dell'azionista ..., sia infine, in tema di patti sociali, poteri speciali, clausole di gradimento, modifiche statutarie, quorum deliberativi nelle assemblee, limiti al possesso di quote azionarie da parte dei terzi acquirenti ... Non senza, infine, considerare il vincolo esterno connesso al fatto che i ricavi derivanti dalla cessione dei cespiti da dismettere vanno destinati alla riduzione del debito pubblico” (virgolettato nella sentenza).

propria ragione d'essere nel momento in cui il processo di "privatizzazione", attraverso l'effettiva "dismissione" delle azioni in mano pubblica, avrebbe assunto connotati "sostanziali" tali da determinare l'uscita delle società così derivate dalla sfera della finanza pubblica<sup>313</sup>.

In molti casi, evidentemente, questo non è accaduto<sup>314</sup>. La svalutazione della definizione legislativa sarebbe stata, anzi, favorita dal consolidarsi in ambito sovranazionale – e segnatamente nel settore degli appalti – di una nozione di amministrazione aggiudicatrice particolarmente

---

<sup>313</sup> Criticamente, è possibile osservare, se mal non si è compresa la portata del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, che il profilo più discutibile della decisione della Corte costituzionale consiste proprio nell'estensione alle società "privatizzate" (nella specie si trattava delle società rivenienti dalla "trasformazione" dell'IRI, ENI, INA e ENEL) della previsione di cui all'art. 12, vale a dire della presenza di un magistrato della Corte dei conti "alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione", che il Governo aveva ritenuto di disapplicare perché dell'avviso che "le nuove società fuoriescono dal rapporto con lo Stato che fa da presupposto al controllo della Corte" e non, con tutta evidenza, di quella – pacificamente applicabile – contemplata dall'art. 2. A conforto v. MAUGERI M., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati», cit.*, 554, il quale sottolinea come, in via di principio, non sussista incompatibilità tra il controllo della Corte e la forma societaria "tant'è che l'art. 2 della l. 259/58 (ed ancor prima l'art. 100 Cost.) fa riferimento agli enti che ricevono periodicamente contribuzioni, sia pubblici che privati (e dunque anche ove assumano veste di società). Ma il profilo della compatibilità va tenuto ben distinto da quello dell'ampiezza della sfera applicativa dell'art. 12 che, dall'esame dei lavori preparatori, risulta volutamente circoscritta ai soli «enti pubblici»"(corsivi dell'A.).

<sup>314</sup> Al contrario, il ragionamento della sentenza della Corte cost. in commento è stato replicato subito dopo, tal quale, da Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Giorn. dir. amm.*, 1134 ss. con nota (critica) di CASSESE S., *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, con la quale vennero assegnate alla giurisdizione amministrativa le controversie relative agli atti contrattuali compiuti da Ferrovie dello Stato S.p.A. "in quanto società di diritto speciale ancora interamente posseduta dallo Stato". Peraltro, va notato che proprio la qualificazione in termini di ente pubblico di tale società sia stata recentemente "sconfessata" da Cass., sez. Un., 22 gennaio 2015, n. 1159, in *Guida al diritto*, 2015, 59 ss. con nota di DE FILIPPIS D., *L'autonomia patrimoniale esclude il rapporto di servizio* (cui sia consentito rinviare per una ricostruzione della problematica). In termini più sintetici la pronuncia del 1994 viene richiamata, pure, in Corte cost. 1 febbraio 2006, n. 29, in *Giur. it.*, 2006, 1734 ss. con nota di CARANTA R., *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze tra Stato e regioni*.

Più preoccupante – sul piano del rispetto del principio, vigente in ambito penale, di determinatezza e precisione della fattispecie criminosa, quale declinazione del principio di legalità - è, a parere di chi scrive, l'indirizzo intrapreso, in particolare, da Cass. pen., sez. II, 21 settembre 2012, n. 42408, in *Cass. pen.*, 2014, 934 ss., con osservazioni di ZACCHEO M., ove si legge che: "la nozione di "ente pubblico" rilevante ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui si discute (art. 640, co. 2, n. 1, c.p., nda) può, nel nuovo sistema ordinamentale nel quale si inserisce, essere mutuata dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria, recepita nella legislazione italiana, certamente corrispondente all'originario intento del legislatore del codice penale di sanzionare tutte quelle condotte che incidono su soggetti - persone giuridiche strumentali al perseguimento di "bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale" e, in tal senso, posti in situazione di stretta dipendenza nei confronti dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico in senso formale". Successivamente, Cass. pen., sez. Un., 12 febbraio 2014, n. 6773, in *Cass. pen.*, 2014, 2860 ss., con osservazioni di CIALDELLA M. F., investita della medesima questione di diritto, non ha, tuttavia, preso esplicitamente posizione né con riguardo alla tesi "nominalistica" né a quella "sostanzialistica" (avendo dichiarato inammissibile il ricorso).

ampia<sup>315</sup> tale da ricomprendere l'istituto dell'organismo di diritto pubblico<sup>316</sup> ed altresì, quale «ente aggiudicatore», l'impresa pubblica.

Attesa la centralità che a questi concetti è stata annessa, anche di recente, negli itinerari argomentativi della giurisprudenza interna conforme all'orientamento tipologico-pubblicistico<sup>317</sup>, potrebbe essere utile sviluppare alcune riflessioni circa il rapporto tra le stesse esistenti al fine di comprendere se di tali categorie ne sia stato fatto un congruo utilizzo oppure, al contrario, i giudici – più preoccupati delle conseguenze (*in primis* il fallimento) alle quali la qualificazione in termini di società, a tutti gli effetti, di diritto privato avrebbe condotto<sup>318</sup> – ne abbiano fatto un uso, in qualche misura, strumentale<sup>319</sup>.

---

<sup>315</sup> Valga, sul punto, l'osservazione di CINTIOLI F., “*Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale*”: il bisogno o l'attività?(Brevi note sull'organismo di diritto pubblico), in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Milano, 2004, 79 ss., spec. 83, secondo cui “il diritto comunitario non recepisce una nozione unica e immutabile di pubblica amministrazione, talora utilizza in modo ampio il riferimento allo Stato o agli enti pubblici, talora eccede a una lettura ben più restrittiva ... si tratta di una qualificazione funzionale: si tenta di dare al concetto di pubblica amministrazione un effetto utile alla luce della normativa comunitaria che lo contempla. Si cerca il contenuto più adeguato per il conseguimento hic et nunc degli obiettivi che essa si prefigge” (corsivi dell'A.). Parla, più di recente, di crescente rilevanza delle nozioni sostanziali-funzionali di pubblica amministrazione anche GOISIS F., voce “*Ente pubblico*”, *cit.*, 416 ss.

<sup>316</sup> L'istituto fa la sua comparsa con la direttiva comunitaria 89/440/CEE del 21 luglio 1989. Successivamente, si vedano: l'art. 1 dir. CEE 14 giugno 1993, n. 93/36, l'art. 1 dir. CEE 14 giugno 1993, n. 93/37, l'art. 1 dir. CEE 18 giugno 1992, n. 92/50, l'art. 2 dir. CE 31 marzo 2004, n. 2004/17 e dir. CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, nonché, da ultimo, gli artt. 2, n. 4), 3, par. 4, 6, par. 4, rispettivamente delle dir. 2014/24/UE, dir. 2014/25/UE, dir. 2014/23/UE più volte citate. Nel diritto nazionale, il recepimento ha avuto luogo, dapprima, con l'art. 2 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, poi sostituito dall'art. 2 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65; più di recente, a seguito dell'abrogazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (che lo menzionava all'art. 3, comma 26), l'art. 3, co. 1, lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 *cit. ne* contiene la definizione, rinviando all'allegato IV per un “*elenco non tassativo*”.

<sup>317</sup> Oltre al decreto Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, *cit.*, vi fanno ricorso per escludere la fallibilità Trib. Patti, 6 marzo 2009, in *www.ilcaso.it* e Trib. Catania, 26 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*. In dottrina, cfr. D'ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica*, in SANDULLI M. (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento. Le procedure concorsuali: dalla piccola impresa al consumatore*, Ipsoa ed., 2007, 105 ss., spec. 111-118; GHIA L., *Fallimento e società di capitali a controllo o partecipazione pubblica*, in GHIA L. – PICCININNI C. – SEVERINI F. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali. I. La dichiarazione di fallimento*, Torino, 2010, 107 ss.

<sup>318</sup> Sull'utilizzo nell'interpretazione giuridica, soprattutto all'interno delle decisioni giudiziarie, di una tecnica di tipo consequenzialista cfr. l'interessante saggio di FETERIS E.T., *La ricostruzione razionale dell'argomentazione teleologico-consequenzialista nella giustificazione delle decisioni giudiziali: una prospettiva pragma-dialettica*, in *Ragion pratica*, 2007, 537 ss.

<sup>319</sup> Non esonera da una siffatta verifica l'osservazione, già di per sé eloquente, svolta in dottrina da GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, *cit.*, 390, secondo il quale “il tentativo di utilizzare nozioni elaborate in sede comunitaria...per dare soluzione alla questione della natura giuridica, pubblica o privata, degli organismi societari di che trattasi tanto più quando quella soluzione è chiaramente strumentale e, per così dire, propedeutica rispetto all'esigenza di sciogliere nodi interpretativi aventi ad oggetto disposizioni della legislazione interna che fanno riferimento al concetto di ente pubblico, solleva non poche perplessità, non sottraendosi di per se

Quanto al primo, com'è noto, al verificarsi della presenza (cumulativa<sup>320</sup>) di tre condizioni (“1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”), l'organismo, in qualsiasi forma costituito, deve essere assoggettato al rispetto della regola dell'evidenza pubblica.

Se la perimetrazione dei requisiti individuati *sub* 2) e 3) non pone (almeno apparentemente) particolari difficoltà<sup>321</sup>, vale la pena soffermarsi, brevemente, sul dato teleologico, ovvero la funzionalizzazione dell'attività dell'ente a finalità pubbliche<sup>322</sup>.

---

*solo ad alcuni rilievi critici: il fatto che si tratta di nozioni che la normativa comunitaria ha costruito al solo fine di individuare i destinatari di alcune direttive, tra cui in specie quelle relative agli appalti pubblici, induce, infatti, a dubitare che si possa correttamente far riferimento alle stesse nell'esaminare una problematica ben più ampia, foriera di importanti implicazioni di diritto nazionale, quale quella della riconducibilità nel novero degli enti pubblici delle società derivanti dalla privatizzazione formale dei precedenti enti pubblici economici”.* Come si cerca di dimostrare nel testo, non condivisibili paiono le conclusioni, ovvero la natura pubblica della totalità (invero, sembrerebbero diverso l'esito per le società a prevalente capitale pubblico locale: v. pagg. 336 ss.) delle società derivate dalla “trasformazione” degli enti di gestione e degli altri enti economici, alle quali il medesimo A. perviene nel suo scritto.

<sup>320</sup> Come sottolineato da MAMELI B., *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, cit., tale precisazione non era contenuta nelle direttive appalti del 2004, mentre le recenti direttive del 2014, pure ivi richiamate, contengono, conformemente all'orientamento della Corte di Giustizia, la locuzione “*hanno tutte le seguenti caratteristiche*”(corsivo di chi scrive).

<sup>321</sup> Questo è il giudizio, tra gli altri, di DELLA SCALA M.G., voce “*Organismo di diritto pubblico*”, in *Dig., Dis. pubbl., Agg.*, 2010, Torino, 340 ss. Quanto alla necessità che l'ente sia dotato di personalità giuridica, ivi si rileva che nella più parte dei casi trattasi di società per azioni o di enti pubblici, per lo più economici, i quali, per definizione, sono persone giuridiche. D'altro canto, una simile affermazione non è così tranquillante: nel momento in cui si opera la riqualificazione del predetto ente (pubblico o società di capitali) si svaluterebbe, ad avviso di chi scrive, proprio l'investitura, per dir così, formale concessa dall'ordinamento accedendo, invece, ad un'interpretazione che reputa la forma assunta come neutra. Diversi sono gli studi (v. di recente CIRILLO G.P., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. not.*, 2015, 871 ss.) che hanno approfondito una simile problematica alla luce, per l'appunto, del fenomeno dell'organismo di diritto pubblico e dell'*in house providing* e per questa ragione più innanzi si ritornerà sul punto; per il momento, è possibile rilevare una più generale tendenza, segnalata in dottrina da VINTI S., *La circolarità logica del diritto amministrativo: decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, 94 ss. (spec. pag. 102 dalla quale si cita), “autopoietica” della pubblica amministrazione nel senso che “*l'ingresso e la fuoriuscita dal sistema di contabilità pubblica e dai relativi vincoli segue i flussi finanziari* (l'A., segnatamente, si riferisce all'elenco predisposto dall'ISTAT ai sensi dell'art.1, co. 5, l. 30 dicembre 2004, n. 311, *nda*) con l'effetto di far assumere alla relativa nozione di pubblica amministrazione la medesima consistenza del denaro, vale a dire la medesima “fluidità”, evocando alla mente le suggestioni delle recenti teorie di stampo sociologico sulla liquidità come chiave di lettura della società moderna e dei sistemi autoreferenziali raffigurati da Gunther Teubner con la teoria dell'autopoiesis, nella

Le criticità maggiori s'appuntano, in particolare, non tanto sulla necessità che l'attività del soggetto sia diretta a soddisfare "esigenze di interesse generale" – sotto questo profilo avvicinandosi, e non poco, l'istituto in esame alla categoria dell'ente pubblico (ma v. quanto si dirà *infra*) –, quanto, piuttosto, sull'inquadramento di quella che, secondo un'opinione<sup>323</sup>, ne costituisce

---

*misura in cui permette all'amministrazione di autogenerarsi mediante meccanismi che non coinvolgono poteri (o sistemi) estranei a quello esecutivo".*

La condizione individuata *sub* 3) abbisogna di essere, quantomeno, raffrontata con quella di "impresa pubblica" la cui definizione si rinviene, oggi, all'art. 3, co. 1, lett. t) del d.lgs. n. 50/2016 cit.; ma, nella sentenza della Corte cost. cui si faceva riferimento nelle note precedenti – come pure nel decreto dei giudici sammaritani richiamato *sub* nota 310 che quell'*iter* argomentativo riprendono –, si fa notare come già la direttiva della Commissione europea 80/723/Cee del 25 giugno 1980 sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche all'art. 2 della stessa direttiva (rimasto immutato anche a seguito della direttiva della Commissione 2005/81/CE del 28 novembre 2005) contenesse una definizione di impresa pubblica, ovvero ogni impresa nei cui confronti i poteri pubblici (lo Stato nonché gli altri enti territoriali) possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante "*per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina*". Fermo quanto si dirà *infra* nel testo e in nota circa gli elementi di distonia, è possibile osservare che entrambe convergono sulla necessità che sussista il "controllo" (nella definizione di "impresa pubblica" si fa parola di "influenza dominante" – in ragione della proprietà o di una partecipazione finanziaria o "*in virtù delle norme che disciplinano dette imprese*" la quale viene presunta quando "*le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa*").

Quanto alla possibilità che "*l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*" si segnala, da ultimo, l'interessante pronuncia della Corte di Giustizia UE, 12 settembre 2013, causa C-526/11, in *Urb. e app.*, 2014, 13 ss. con nota di MAMELI B., *Non tutti gli ordini professionali sono organismi di diritto pubblico*. In particolare, il giudice europeo, in questo arresto, distingue il finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, da una parte, e il controllo della gestione della medesima autorità, dall'altra, giungendo ad escludere un ordine professionale tedesco dal novero degli organismo di diritto pubblico. Nella fattispecie, quest'ultimo dispone, concretamente, di un'autonomia organizzativa e finanziaria tale da non consentire di enucleare una situazione di stretta dipendenza dall'autorità pubblica; ciò, soprattutto, date le modalità di finanziamento di un siffatto organismo le quali – lungi dal costituire un finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica – non permettono un controllo della stessa sulla gestione di tale organismo.

<sup>322</sup> Sebbene, come rileva già CAPUTI JAMBRENGHI V., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13 ss., sia necessario non attribuire a tale elemento una "*valenza quasi taumaturgica in relazione all'individuazione del concetto di organismo di diritto pubblico*" proprio, si potrebbe aggiungere, in ragione dei dubbi che si annidano intorno a siffatto criterio. Per un esame comparato dell'applicazione delle tre condizioni v. PARISI E., *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica nell'interpretazione della High court inglese. La rilevanza della concorrenza e l'organismo transnazionale fra concessione di aiuti di stato, interpretazione conforme e effetto diretto orizzontale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2014, 518 ss.

<sup>323</sup> Cfr. DELLA SCALA M.G., voce "*Organismo di diritto pubblico*", *cit.*, 354 ss., ma v. già in questi termini MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, 49. Più precisamente, si richiede (in tal senso cfr. Corte di Giustizia Ce, 10 maggio 2001, causa C-223/99 e C-260/99, *Agorà s.r.l. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Excelsior Snc Pedrotti Bruna & C.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 899 ss., con nota di CHITI E., *Cala il sipario sull'Ente Fiera di Milano*, e la manualistica più diffusa: CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Dike giuridica ed., 2016, 552-553; GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto*

una sotto-categoria, vale a dire il carattere “non industriale o commerciale” rivestito dall’attività medesima.

In questa sede, evidentemente, non rileva ripercorrere l’ormai ampio catalogo delle pronunce nazionali e sovranazionali relative a tale aspetto<sup>324</sup>, potendosi limitare ad una sintesi dei risultati ai quali le medesime sono pervenute, con l’avvertenza che trattasi, in ogni caso, di conclusioni provvisorie perché legate ad un approccio di tipo fattuale. Per escludere un ente dall’applicazione della regola dell’evidenza pubblica, secondo un consolidato orientamento<sup>325</sup>, occorre prendere in considerazione diversi fattori, valutando, più nel dettaglio, se il soggetto: a) operi in normali condizioni di mercato; b) persegua lo scopo di lucro; c) subisca le perdite connesse all’esercizio della sua attività.

Pare, infatti, ragionevole ritenere che se un soggetto opera in “normali” condizioni di mercato, avvantaggiandosi degli utili e subendo le eventuali perdite, sia particolarmente attrezzato per gestire l’attività d’impresa in modo efficiente e resistere al confronto pro-selettivo. Per tale ragione, non si vede perché un siffatto ente debba vedersi assoggettato all’obbligo della procedura competitiva quando affidi a terzi la produzione di beni o di servizi, abdicando così a valutazioni, per l’appunto, di efficienza nella scelta dei contraenti<sup>326</sup>. Al contrario – ed ecco la rilevanza dell’interesse generale

---

*amministrativo*, VIII ed., Nel diritto ed., 2015, 202-203, da cui si cita) “*un duplice e distinto accertamento; in prima battuta occorre valutare che l’attività al cui perseguimento l’ente è preposto sia volta al soddisfacimento di un interesse di carattere generale, avendo un impatto sulla collettività. Solo allorché tale prima verifica dia esito positivo, è necessario verificarne la natura non industriale o commerciale: indagine, questa, più delicata e complessa*”. Maggiormente tranciante sembrerebbe l’approccio di LIBERTINI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d’impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, *Contr. e impr.*, 2008, 1201 ss., spec. 1213, secondo il quale sarebbe, in ogni caso, necessario “*abbandonare il terreno incerto della qualificazione dei “bisogni” sulla base di giudizi di valore, ed accertare invece se l’organismo de quo operi o no secondo quella «logica della necessità» che, per usare l’espressione di un grande pensatore del sec. XIX, è la logica propria dell’impresa. Se la risposta al quesito è positiva, l’applicazione delle norme sull’evidenza pubblica non avrebbe un fondamento razionale*”.

All’opposto di quest’ultima posizione starebbe una non più recente pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292, in *Dejure*, in cui è stato attribuito valore assorbente all’esistenza di un interesse pubblico da perseguire piuttosto che all’attività svolta e alla presenza o meno di una gestione imprenditoriale conforme alle regole del mercato. Nelle pronunce più recenti della giurisprudenza amministrativa, si segnala, però, l’adesione alla tesi della duplice verifica: da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 497, in *Dejure*.

<sup>324</sup> Si rinvia per una rassegna completa ed aggiornata a LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, *cit.*, 549-551.

<sup>325</sup> Avviato a partire dalla sentenza Corte di Giustizia Ce, 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Taitotalo Oy*, spec. punto 51, in *Urb. e app.*, 2003, 1139 ss. con nota di COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale* e ribadito al *considerando* n. 21 della direttiva 2014/23/UE *cit.* Nella giurisprudenza interna cfr., tra le altre, Cass., sez. Un., 7 aprile 2010, n. 8225, in *Giur. it.*, 2010, 2287 ss.

<sup>326</sup> Analoga *ratio* viene individuata pure da ROSSI GIAMP., *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2015, 399.

– ciò è indispensabile quando quell'ente indirizzi la propria attività nel senso di sopperire a talune necessità tipiche di una collettività organizzata<sup>327</sup>.

Si tratta, almeno in astratto, di un soggetto che risulta destinato ad operare, in questi casi, al di fuori dei meccanismi concorrenziali e che, conseguentemente, è assimilabile alla situazione nella quale viene a trovarsi, nel diritto interno, un ente pubblico<sup>328</sup>, discostandosi, invece, dalla nozione di “impresa pubblica”, pur nella lata accezione che è stata sviluppata a livello comunitario<sup>329</sup>.

Certamente, volendo individuare un nucleo comune intorno al quale le due nozioni (ed invero, presumibilmente, anche quella di società a controllo pubblico), ruotano, è possibile rinvenirlo nella sottoposizione a dominanza pubblica. L'influenza dei pubblici poteri dovrebbe essere in grado di consentire il perseguimento (anche) delle finalità di pubblico interesse onde giustificare l'applicazione della regola dell'evidenza pubblica, nel caso dell'organismo di diritto pubblico,

---

<sup>327</sup> Rileva, correttamente, FRANCHINI C., *Mercato unico concorrenziale e pubbliche amministrazioni (Il caso degli organismi di diritto pubblico e delle società in house)*, in RABITTI BEDOGNI C. e BARUCCI P. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo II, Torino, 2010, 843 ss., spec. 848, che “per mezzo della nozione di organismo di diritto pubblico, l'Unione europea sottopone a un controllo stringente l'attività contrattuale di quei soggetti che possono agire senza tener conto delle logiche economiche, quali le pubbliche amministrazioni, al fine di evitare in via preventiva, che sia alterato il corretto funzionamento del mercato”.

<sup>328</sup> Sulla sovrapposibilità dei due istituti, cfr. DELLA SCALA M.G., voce “Organismo di diritto pubblico”, cit., 362-363, la quale ritiene che “l'organismo di diritto pubblico, laddove non ente pubblico secondo il diritto nazionale, è, a ben vedere un ente svolgente, a vario titolo e per un tempo variabile in relazione alle condizioni del relativo affidamento, attività “sostanzialmente” di cura concreta di interessi pubblici, quale la gestione di servizi pubblici, l'esercizio di attività strumentali alle P.A., l'espletamento, in genere, di compiti pubblicistici. Di qui i relativi “privilegi”, di qui la sottoposizione alle ulteriori regole di selezione pubblica dei contraenti”.

<sup>329</sup> Secondo GRECO G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 839 ss., nella versione riadattata, alla luce delle più volte citate direttive del 2014, da APERIO BELLA F., *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. e soc.*, 2015, 139 ss., spec. 153-154, vale il seguente sillogismo, almeno nel settore degli appalti pubblici (per considerazioni più generali si rinvia a quanto si dirà *infra* nel testo), “a) l'amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 3, par. 1 della Direttiva 2014/25/UE (ex art. 2, par. 1, lett. a della Direttiva 2004/17) è diversa e distinta dall'impresa pubblica di cui all'art. 4 parr. 1 e 2 della stessa Direttiva (ex lett. b dell'art. 2, Direttiva 2004/17); b) l'organismo di diritto pubblico è identico all'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 2, par. 1 della Direttiva 2014/24/UE (ex art. 1, par. 9, Direttiva 2004/18); c) dunque, l'organismo di diritto pubblico è diverso e distinto dall'impresa pubblica”. Tale conclusione verrebbe confermata, come evidenziato da LIBERTINI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, cit., 1203-1204, scorgendo gli elenchi allegati (v. quello cit. di cui al d.lgs. n. 50/2016) nei quali vengono ricompresi nella categoria in esame enti i quali, pure secondo il diritto interno, non sarebbero qualificabili alla stregua di “imprese” (p.e. le università). In argomento, nella giurisprudenza interna, particolarmente chiara è Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Guida al diritto*, 89 ss. con nota di CORRADO A., *Una società caratterizzata dallo scopo di lucro non può svolgere attività di tipo amministrativo*, e in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52 ss. con nota di SIGISMONDI G., *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*.

oppure, ma ciò vale in generale, quella relativa ai vincoli di bilancio<sup>330</sup>, ai programmi di razionalizzazione<sup>331</sup> o alle assunzioni di personale<sup>332</sup>.

Sotto questo profilo, è innegabile l'avvicinamento dell'organismo di diritto pubblico, dell'impresa pubblica e finanche delle società in mano pubblica all'ente pubblico<sup>333</sup>. L'individuazione dei soggetti pubblici avviene, in queste ipotesi, superando il criterio di tipo formale basato sulla definizione, ma ciò, si badi, solo in funzione dei diversi obiettivi che nei singoli settori di incidenza della disciplina, soprattutto eurounitaria (ma anche nazionale), si è inteso perseguire; potendosi, quindi, ritenere che le differenti nozioni che sono state normativamente previste, e in giurisprudenza elaborate, non possano valere al di fuori del limitato ambito di applicazione al quale pertengono<sup>334</sup>.

Va, in tal senso, osservato che proprio il campo dei contratti pubblici dimostra come il rispetto, segnatamente, della procedura di gara pubblica non trovi un'applicazione indiscriminata essendo, al

---

<sup>330</sup> È sufficiente, in questa sede, constatare l'applicazione, alle società partecipate e a controllo pubblico, delle regole relative alla trasparenza e l'accessibilità delle informazioni (art. 11, d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato, da ultimo, dal decreto legge 25 maggio 2016, n. 97) e quelle (su tutte l'art. 1, co. 552, l. 27 dicembre 2013, n. 147) tendenti alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica (fa riferimento alla "pubblicizzazione dei modelli societari" CRISMANI A., *Le società partecipate tra crisi e insolvenza*, in *Dir. e soc.*, 2015, 317 ss., spec. 336 ss.). Si tratta di disposizioni - soprattutto quella da ultimo citata - le quali paiono, evidentemente, incompatibili con l'esonazione delle società predette dalla fallibilità o dall'applicazione di altri rimedi concorsuali, dovendosi, altrimenti, addossare le eventuali conseguenze patrimoniali all'ente locale partecipante o controllante. Di questo si dirà, però, diffusamente nel prosieguo della trattazione.

<sup>331</sup> Così l'art. 20 del T.u. in materia di società partecipare che impone alle pp.aa. la redazione, nel caso in cui ricorrano i presupposti descritti al co. 2 della stessa norma, di un "*piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione*".

<sup>332</sup> Nella recente sopravvenienza normativa v., partitamente, l'art. 19, che nella sostanza ribadisce quanto già previsto dall'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con mod. in l. 6 agosto 2008, n. 133, ove, al co. 2, s'impone esplicitamente il "*rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*".

<sup>333</sup> Intuizione che si riscontra già in SORACE D., *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 357 ss., spec. 374 ss.

<sup>334</sup> A simili conclusioni perviene la stessa dottrina amministrativista: v. GAROFOLI R., *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in GAROFOLI R.-SANDULLI M.A. (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Milano, 2005, 155 ss.; di recente, APERIO BELLA F., *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico*, *cit.*, 147. In giurisprudenza, cfr., recentemente, Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), nella quale così si legge: "*la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può, dunque, ritenersi fissa ed immutabile. Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera automatica la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione. Al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione "funzionale" e "cangiante" di ente pubblico. Si ammette senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica*".



contrario, necessario evitare – con riferimento, per l'appunto, all'organismo di diritto pubblico – il “contagio” con eventuali altre attività svolte dal medesimo ente<sup>335</sup>. Non è, infatti, infrequente che un organismo sia munito della c.d. “licenza di perdere”, operando scelte non (o, in taluni casi, anti) economiche, esclusivamente per determinati settori, rimanendo, invece, per la restante parte della propria attività, assoggettato al rispetto di una gestione di tipo economico dovendone, eventualmente, sopportare il relativo rischio.

Pur non essendo questa la sede per prendere espressamente posizione circa la dibattuta ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*<sup>336</sup>, appare chiaro che le nozioni di

---

<sup>335</sup> La teoria c.d. del contagio propugnata, inizialmente, dalla sentenza della Corte di Giustizia CE, 15 gennaio 1998, caso C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e a. c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, spec. punti 25-26 e 31-34, in *Foro it.*, 1998, parte IV, col. 133, con nota di GAROFOLI R., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, consiste nell'estensione a tutti gli appalti aggiudicati da un soggetto qualificabile come organismo di diritto pubblico - a prescindere dal settore di attività cui si riferiscono - della disciplina comunitaria di regolazione del confronto competitivo tra le imprese aspiranti appaltatrici. Si giustifica, in particolare, tale attrazione con il richiamo alla necessità di non turbare la certezza del diritto atteso che con l'applicazione generalizzata delle regole pubblicistiche risulta assicurata l'evidenza pubblica e si evitano possibili elusioni alla sfera della pubblicità. Critica, in dottrina, la posizione di SANDULLI M.A., *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, cit., 5 ss., spec. 16-17; CHITI M. P., *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *ibidem*, 67 ss., spec. 71; di recente, APERIO BELLA F., *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico*, cit., 185 ss. Tutti i contributi evidenziano, in maniera sostanzialmente analoga, che “*in tal modo si determina una (ri)espansione del diritto pubblico per fattispecie e materie che il legislatore ha voluto sottoporre di regola al diritto comune; così invertendo il rapporto tra regola (il diritto comune) e l'eccezione (il diritto pubblico)*”. Nella manualistica, cfr. CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, IV ed., Milano, 2011, 275 ss. (spec. 277-278).

Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass., sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10068, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 713 (*contra* Cass., sez. Un., 29 maggio 2012, n. 8511, in *Foro it.*, 2013, parte I, col. 2608, con commento di ALLENA M.) la quale ha negato l'ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*; tale vicenda risulta di particolare interesse in quanto la natura di o.d.p. di Gesip S.p.A., società partecipata dal Comune di Palermo e da Italia Lavoro S.p.A., è stata, in un primo tempo, utilizzata da Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, n. 99, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), per escluderne l'assoggettabilità ad amministrazione straordinaria. Più correttamente (nella prospettiva alla quale s'intende aderire nel testo), Trib. Palermo, 18 giugno 2013, in *Dejure*, pur confermando l'esito del primo provvedimento, osserva che “*è evidente che la definizione della GESIP come organismo di diritto pubblico rileva ai soli fini del codice degli appalti ed è altrettanto evidente che la questione non rileva ai fini della fallibilità della società ricorrente*”. Chiude, per dir così, il cerchio – sebbene su tali provvedimenti si avrà occasione di tornare più innanzi – Trib. Palermo, 18 agosto 2015, n. 131, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), con nota di MINEO A., *La crisi delle società a capitale pubblico. Assoggettabilità delle società c.d. in house providing alle procedure concorsuali*, ribaltando il proprio precedente orientamento.

<sup>336</sup> Benché non sia possibile celare da parte di chi scrive una propensione per la tesi affermativa in ragione dell'agevole constatazione che “*qualora la società svolga attività promiscua - amministrativa e di impresa - è necessario assicurare il rispetto del principio di distinzione tra le due attività al fine di evitare che i vantaggi derivanti dall'operare come pubblica amministrazione possano essere trasposti nel settore in cui lo stesso soggetto svolge attività di impresa*”

organismo di diritto pubblico (solo per quelle attività gestite secondo metodo economico) e impresa pubblica – operando quest’ultima, se si considera la nozione generale e non solo quella valida ai fini dei c.d. settori speciali, in un ambiente competitivo – non paiono poi così distanti.

Orbene, il diritto comunitario, e per gemmazione successiva quello nazionale, limiterebbe l’ambito di applicazione della qualificazione di organismo di diritto pubblico nella *sedes materiae* degli appalti pubblici; utilizzarla, in uno con l’ampia definizione di pubblica amministrazione accolta nei diversi settori dell’ordinamento<sup>337</sup>, al fine di farne discendere l’esenzione dall’area dei soggetti fallibili, appare, quanto meno alla luce dei più basilari canoni dell’interpretazione giuridica, un’operazione alquanto sospetta<sup>338</sup>.

In particolare, coerentemente (almeno secondo la prospettiva dei fautori dell’approccio tipologico-pubblicistico) alla riconosciuta prevalenza del dato sostanziale sul dato formale nella valutazione della disciplina pubblicistica applicabile alla società in mano pubblica, si ritiene di estendere a quest’ultima non solo l’applicazione della normativa pubblicistica considerata “più

---

*alterando così il principio di equiordinazione tra imprese pubbliche e private posto a presidio del rispetto delle regole della concorrenza”* (così Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, *cit.*).

<sup>337</sup> Contrariamente a quanto si legge in una pronuncia che fa applicazione del metodo tipologico-pubblicistico (partitamente Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 869 ss. con nota di D’ATTORRE G., *Il concordato preventivo delle società in mano pubblica*, e in *Giur. comm.*, 2015, 135 ss., con nota di MULAZZANI G., *Presupposti di fallibilità delle società in mano pubblica e concordato preventivo*), l’effetto della tesi che si vuole qui abbracciare (oggi accolta dal medesimo legislatore), ossia l’affermazione dell’intatta natura privata delle società pubbliche, non sarebbe quello di 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*”, risolvendosi in “*una battaglia di retroguardia con la quale si pretende di riaffermare in termini netti e perentori principi e valori da tempo abbandonati*”.

<sup>338</sup> Di particolare interesse, con riguardo a tale specifico aspetto, è l’analisi di CORSO G., *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, *cit.*, 91 ss. Lo studioso – a proposito della sentenza Cons. Stato, sez. VI, n. 1206/2001 che ha stabilito che anche quando svolge attività imprenditoriali (in concreto, l’acquisizione di una fornitura di assegni banco-posta) Poste Italiane S.p.A. è un ente pubblico o una pubblica amministrazione – osserva che sotto il profilo dell’argomento della volontà del legislatore “*il Consiglio di Stato, negando che la privatizzazione voluta dal legislatore abbia potuto trasformare il soggetto pubblico in soggetto privato, mostra di ignorare la volontà del legislatore (anche in senso formale) ed il relativo canone interpretativo: la volontà di cambiare lo stato di cose esistenti (da pubblico a privato)*” mentre quanto all’argomento dell’analogia iuris o a partire dai principi generali “*se i privati possono perseguire fini pubblici (ed hanno diritto di farlo: artt. 38, ult. co., e 33, co. 3, Cost.) non è lecito desumere dal fatto che un soggetto giuridico impersonale persegua fini pubblici la sua qualificazione come ente pubblico. Se poi questo soggetto è una società per azioni (o comunque una società di capitali) vi è una ulteriore ragione per contrastare quella deduzione...il codice civile distingue nettamente le persone giuridiche pubbliche dalle persone giuridiche private...è poi tuttora vigente l’art.4 della l. n. 70/1975 secondo cui “nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge”. Una legge, occorre aggiungere, che espressamente qualifichi l’ente come pubblico, non una legge che si limiti a far menzione dell’ente senza qualificarlo come pubblico (come le leggi intervenute in tema di privatizzazioni)*”.

stringente e severa” di quella privatistica, ma, altresì, di talune “immunità” previste dal legislatore per i soli enti pubblici<sup>339</sup>, partitamente la previsione di cui all’art. 1, co. 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (di seguito anche l. fall.), che ribadisce il disposto dell’art. 2221 c.c.

Com’è noto, la *ratio* dell’esenzione dal fallimento e dal concordato preventivo dell’ente pubblico, anche se esercente attività d’impresa commerciale<sup>340</sup>, è stata individuata, in maniera alquanto pacifica<sup>341</sup>, nell’esigenza che l’insolvenza o la crisi dell’ente pubblico siano gestite dalla pubblica amministrazione nel cui ambito l’impresa opera: se la p.a., si osserva<sup>342</sup>, ha ritenuto di agire nel campo dell’attività economica (nella specie commerciale), lo fa per soddisfare una propria esigenza che non può che essere (eventualmente anche in senso lato) di natura pubblica o collettiva e, quindi, con una specifica funzionalizzazione dell’attività dell’ente a soddisfare tali esigenze.

Se questa prospettiva costituisce il presupposto per la creazione dell’ente e, parallelamente, il fondamento per l’esercizio di un’azione di indirizzo, direzione e vigilanza, ne consegue che anche la fase della crisi o dell’insolvenza dovrà svolgersi senza l’ingerenza sostitutiva dell’autorità

---

<sup>339</sup> Così, sostanzialmente, D’ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica, cit.*, 116.

<sup>340</sup> Più precisamente, come evidenziato da RAGUSA MAGGIORE G., *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in RAGUSA MAGGIORE G. – COSTA C., *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, I, Torino, 1997, 205-206, (in argomento v. pure CHIOZZI A., *I presupposti del fallimento*, in PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000, 55 ss. ove ampi riferimenti giurisprudenziali) gli enti pubblici non economici non assumono la qualità di imprenditori commerciali e, quindi, non potrebbero, in nessun caso, essere soggetti a procedura fallimentare. Gli enti pubblici economici, invece, avendo per oggetto esclusivo o principale un’attività commerciale (art. 2201 c.c.), assumono la qualità di imprenditori commerciali e sarebbero soggetti alla procedura fallimentare in assenza, per l’appunto, della esplicita esenzione prevista dagli artt. 2221 c.c. e l legge fall.

<sup>341</sup> Oltre all’A. citato alla nota successiva, cfr. FORTUNATO S., *Sub art. 1*, in JORIO A. (diretto da), FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli ed., Bologna, 2006, 57-58; CAVALLI G., *I presupposti soggettivi del fallimento in generale*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., *Il fallimento*, (fa parte di) *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, Padova, 2008, 58; FAUCEGLIA G., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in APICE U. (diretto e coordinato da), *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, I, Torino, 2010, 35-36; FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, 532 ss.; DALMARTELLO A., SACCHI R., SEMEGHINI D., *Il presupposto soggettivo*, in JORIO A. (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, (fa parte di) *Nuova giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2016, 142-143.

<sup>342</sup> Cfr. SANDULLI M., *Sub art. 1*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma. Disposizioni generali fallimento*, I, Torino, 2010, 15. L’A., come si cerca di dimostrare nel testo, perviene, però, ad una conclusione poco condivisibile nella parte in cui ritiene che “evitando generalizzazioni deve ritenersi che, caso per caso, vada verificata la rilevanza, sotto numerosi profili, della funzione e della finalità pubblica dell’attività del soggetto, onde determinare se la fattispecie presenti i caratteri di ente privato o di ente pubblico. Va aggiunto che, nel caso si accerti la sostanziale natura pubblica dell’ente, il soggetto non potrà essere sottoposto al fallimento o al concordato preventivo, ma al tempo stesso, mancando una previsione normativa in tal senso, non potrà neppure essere sottoposto ad una procedura liquidatoria amministrativa” (corsivo dell’A.). Nello stesso senso, recentemente, MANDRIOLI L., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2016, 66-67.

giudiziaria: ove, infatti, ciò si verificasse potrebbe essere compromessa proprio la continuità del servizio o della funzione<sup>343</sup>.

Ciò vale, testualmente, per i soli enti pubblici. Effettivamente, secondo la dottrina amministrativista<sup>344</sup>, potrebbe accadere che quando non sia possibile ricavare una definizione chiara della natura – pubblica o privata – di una persona giuridica di nuova istituzione dall'atto che l'ha istituita (dovrebbe trattarsi, necessariamente, di una legge, stante il disposto del citato art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70<sup>345</sup>), l'interprete, per chiarire la natura dell'ente di cui si tratta, dovrebbe far ricorso ad alcuni "indici rivelatori".

L'eterogeneità dei criteri, a tal uopo, elaborati non può che essere qui fatta oggetto di estrema sintesi<sup>346</sup>: dal modo di costituzione allo scopo<sup>347</sup>, dal controllo al potere di imperio, dal sovvenzionamento pubblico alla singolarità del regime<sup>348</sup>, passando per il carattere necessario<sup>349</sup>

---

<sup>343</sup> Per esempio, in Corte App. Torino, sez. I, decr., 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, 689-670, con nota di D'ATTORRE G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, la quale pare fare ricorso ad un metodo tipologico-pubblicistico/funzionale, è possibile leggere: "la ratio dell'assoggettabilità a fallimento degli enti pubblici si fonda sull'incompatibilità della procedura concorsuale, caratterizzata da un'esecuzione generale sul patrimonio del debitore e collettiva dell'intero ceto creditorio, con l'ordinaria attività di tali enti, con conseguente sostituzione degli organi fallimentari a quelli politici di gestione, comportando un'inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi e con pregiudizio degli effetti dello spossessamento del debitore e della cessazione dell'attività d'impresa sulla continuativa e regolare esecuzione del servizio pubblico rispondente alla realizzazione degli interessi generali".

<sup>344</sup> V. BARDUSCO A., voce "Ente pubblico", in *Dig., Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 64 ss.

<sup>345</sup> Per un esame della quale si rinvia a STAMMATI S., *Gli enti pubblici fra l. n. 70 del 1975 ed il d.p.r. n. 616 del 1977*, in *Foro amm.*, 1978, 375 ss., e PICOZZA E., *Istituzione e riconoscimento per legge di nuovi enti pubblici nell'ordinamento giuridico statale e regionale*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., 137 ss., spec. 143 ove si ritiene, in maniera alquanto discutibile, che "l'art. 4 non deve svolgere una funzione rivoluzionaria nella teoria e nel regime di diritto positivo degli enti pubblici. In primo luogo la norma dispone solo per "i nuovi" enti pubblici ... In secondo luogo, la norma non introduce un nuovo modulo positivo di ente pubblico perché tale specificazione del concetto di ente pubblico si può ricavare solo dall'analisi della struttura e delle funzioni dell'ente. Che il legislatore abbia scelto lo strumento della legge per riconoscere l'ente pubblico significa il prevalere di un certo indirizzo politico".

<sup>346</sup> Rinviando per una più analitica ricostruzione, tra gli altri, a: VIRGA P., *Diritto amministrativo, I principi*, 1, III ed., Milano, 1993, 5 ss.; ROSSI GIAMP., *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991, 259 ss.; SORDI B., *Origine e itinerari scientifici della nozione di "ente pubblico" nell'esperienza italiana*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 3 ss., il quale ricorda come la decisione del Consiglio di Stato, 19 gennaio 1938, n. 33, oggi pubblicata in PASQUINI G.- SANDULLI A. (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 235 ss., (la prima a far ricorso alla riqualificazione) che aveva qualificato l'AGIP come ente pubblico che solo per "ragioni di opportunità contingente" ha adottato la forma dell'anonima venne poi cassata nel 1940 (Cass., sez. Un., 7 marzo 1940, n. 1337) con conseguente riaffermazione di tale ultima natura; GOISIS F., voce "Ente pubblico", cit., 413 ss.

<sup>347</sup> Cfr. OTTAVIANO V., voce "Ente pubblico", cit., 964.

<sup>348</sup> Parrebbe questo l'indice rivelatore fatto proprio da GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, cit., 304-305, il quale per individuare la natura di ente pubblico delle società rivenienti dal processo di

fino ad approdare a quello della relazione di dipendenza rispetto allo Stato od altro ente pubblico<sup>350</sup> e, più recentemente, al criterio teleologico elaborato, però, sulla base del principio di sussidiarietà costituzionalmente codificato<sup>351</sup>; non potendosi, infine, obliterare che esiste pure un orientamento dottrinale<sup>352</sup> che, ragionevolmente, ritiene di identificare gli enti pubblici alla stregua del solo criterio nominalistico.

Al fine di “snidare” la pubblicità reale delle società in mano pubblica, anche le pronunce di merito già segnalate<sup>353</sup> hanno adoperato analoghi elementi rivelatori: la nomina degli organi sociali

---

privatizzazione ritiene sia necessario “*un requisito ulteriore, e cioè che il regime giuridico cui la singola società è in concreto sottoposta si caratterizzi per la previsione di regole di organizzazione e di funzionamento che, oltre a costituire una consistente alterazione del modello societario tipico (comportando una compressione della autonomia funzionale e statutaria degli organismi societari), rivelino, al tempo stesso, la completa attrazione nell’orbita pubblicistica dell’ente societario: si fa riferimento, in particolare, all’attribuzione legislativa, in capo a soggetti pubblici diversi da quelli che rivestono all’interno della struttura la qualità di soci, di potestà il cui esercizio è destinato inevitabilmente a produrre effetti sulle fondamentali determinazioni degli organi societari*”. Per la non divisibilità di un siffatto approccio, anche oramai con riguardo alle società figlie della “trasformazione” a meno che “legali”, sia consentito rimandare alle osservazioni svolte nella *Premessa* al presente capitolo.

<sup>349</sup> Nella prospettazione di ROSSI GIAMP., *Gli enti pubblici*, cit., 264 ss. (adesiva, recentemente, è la posizione di TREBASTONI D.F.G., *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in *Foro amm.-CDS*, 2007, 344 ss.), sarebbe da qualificarsi come pubblico l’ente allorché la sua esistenza sia considerata necessaria da parte dell’ente di riferimento.

<sup>350</sup> Secondo tale criterio, va qualificato come pubblico quell’ente che per vincoli di carattere organizzativo, di sovvenzionamento finanziario, di sottoposizione ai controlli, si trova in una situazione di dipendenza rispetto allo Stato o ad altro ente pubblico: così VIRGA P., *Diritto amministrativo, I principi*, 1, cit., 9.

<sup>351</sup> È la posizione di GOISIS F., voce “*Ente pubblico*”, cit., 415 - 416, fondata sulla constatazione che “*alla luce del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale non è dunque più vero che sono potenzialmente pubblici tutti i fini, in vario modo, generali (e cioè tutte le funzioni di possibile interesse generale). Sono tali solo quelli che esclusivamente l’amministrazione pubblica, intesa come insieme degli enti pubblici territoriali e degli enti ad essi strumentali, può gestire o, perlomeno, gestire bene ... Ne consegue che oggi è da ritenere ipotizzabile, come criterio principale di riconoscimento della pubblicità - oltre che, ovviamente, come elemento comune ed essenziale della pubblicità, in coerenza con il dettato degli art. 97 e 98 cost. - un criterio teleologico, nel cui operare, in ossequio al principio di sussidiarietà costituzionalmente codificato, il fine generale sarà apprezzabile come giuridicamente pubblico solo in ragione di un dato oggettivo: la sua necessaria gestione da parte dell’iniziativa pubblica, in ragione dell’insopprimibile inadeguatezza dell’iniziativa privata*”.

<sup>352</sup> Il riferimento è, segnatamente, a CERULLI IRELLI V., *Problemi sull’individuazione delle persone giuridiche pubbliche (dopo la legge sul «parastato»)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 626 ss., il quale osserva (pag. 647) che, sebbene restino dei problemi definitivi ancora aperti (v. la categoria degli enti pubblici economici), la citata legge sul parastato “*è così congegnata da definire tutto il sistema degli enti pubblici (o espressamente, o automaticamente), quello che resta al di fuori di tale definizione appartiene alla sfera privatistica*”. Successivamente, il medesimo A., “*Ente pubblico*”: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., 84 ss., ha affrontato, nuovamente, il problema concludendo, in evidente distonia con quanto precede, che “*non basta una mera disposizione del legislatore per dire che un ente è pubblico*”; invece, non prende, a quanto consta, posizione sulla natura delle “strane” S.p.A. derivate dalla trasformazione degli enti pubblici economici.

<sup>353</sup> Cui *adde* App. Genova, 2 febbraio 2012, in *Fall.*, 2012, 880, che, in massima, così recita: “*ai fini della dichiarazione di fallimento, per valutare la natura privatistica o pubblicistica del soggetto non è sufficiente che esso abbia la struttura di una società commerciale, ma occorre aver riguardo a determinati indici rivelatori attinenti alla*

da parte degli enti pubblici, la previsione di apposite clausole statutarie volte ad attribuire a questi ultimi particolari prerogative (e, correlativamente, a limitare l'autonomia gestionale degli amministratori), la costituzione o lo scioglimento della società ad iniziativa pubblica<sup>354</sup>, l'esistenza di un finanziamento pubblico; conseguentemente, si è giunti, in presenza di tali condizioni<sup>355</sup>, alla disapplicazione di una disciplina "coessenziale" alla natura di società, qual è la materia delle procedure concorsuali.

Ora, una simile varietà<sup>356</sup> e soprattutto l'inidoneità, ormai conclamata dagli stessi giuspubblicisti<sup>357</sup>, di ciascuno degli indici sintomatici, appena visti, ad individuare l'ente pubblico,

---

*struttura, all'attività, al regime di controllo e all'ingerenza dell'ente pubblico partecipante nella gestione della società*".

<sup>354</sup> V. RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, *passim*, spec. 215 ss., il quale individua la natura "speciale" delle società rivenienti dal processo di privatizzazione facendo ricorso proprio alla valutazione della necessaria esistenza in vita effettuata dai pubblici poteri.

<sup>355</sup> Non a caso, quando i concreti elementi di valutazione per la qualificazione di un ente come soggetto giuridico di diritto pubblico non sono stati ritenuti sussistere, è stata esclusa la ricorrenza dell'ipotesi di esclusione dal fallimento *ex art. 1, co. 1, legge fall.*: v. App. Napoli, sez. I, 15 luglio 2009 e Trib. S. Maria Capua Vetere, sez. III, 22 luglio 2009, n. 52, ambe due in *Fall.*, 2010, 690-691.

<sup>356</sup> Varietà che, in giurisprudenza, dà luogo ad un utilizzo combinato dei diversi criteri. Si legge, infatti, in una pronuncia tra le più recenti (Cass., sez. I, 26 luglio 2007, n. 16600, in *Dejure*): "*premessato che la natura pubblica dell'ente che concorre a formare un nuovo ente non è sufficiente ad attribuire natura pubblicistica a quest'ultimo (Cass., sez. Un., 23 novembre 1993, n. 11541), e che d'altra parte non rileva - per escludere la natura privata - che esso persegua finalità non di lucro (Cass., sez. Un., 23 novembre 1985, n. 5812), occorre sottolineare che, al di là della varianti di ciascuna figura, i caratteri distintivi dell'ente pubblico sono da rinvenirsi, più che nei fini di pubblico interesse da esso perseguiti, nello speciale regime giuridico che li contraddistingue e nell'inserimento istituzionale, variamente atteggiato, delle persone giuridiche pubbliche nell'organizzazione della pubblica amministrazione come organismi ausiliari per il raggiungimento di finalità di interesse generale (Cons. Stato, sez. 6, 1 settembre 1995, n. 836; Cons. Stato, sez. 6, 20 dicembre 1989, n. 1666), con conseguente collocazione delle medesime in una posizione giuridica implicante, da un lato, l'attribuzione di poteri e prerogative analoghi a quelli dello Stato e degli enti territoriali e, dall'altro, l'assoggettamento ad un sistema di controlli inversamente proporzionale all'autonomia dell'ente, ma in ogni caso di un certo grado di intensità, nonché di ingerenza nella gestione dell'ente (Cass., sez. Un., 19 luglio 1982, n. 4212)*".

<sup>357</sup> Lucidamente osserva ROSSI GIAMP., *Gli enti pubblici*, cit., 259, che "*la scienza giuridica ha dedicato non poche energie alla ricerca di una definizione dell'ente pubblico, ma ancor più alla critica di ciascuna delle spiegazioni prospettate*". A tal proposito è sufficiente notare come ciascuna delle ricostruzioni indicate alle note precedenti prenda le mosse da una critica, più o meno serrata, alle diverse teorie, in punto, elaborate. Nell'ambito di una più ampia indagine sulla "persona giuridica pubblica", si segnala, altresì, CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Ed. di Comunità, Milano, 1962, 84 ss. ove si osserva (pag. 88): "*non si potrebbe negare che, forse, non ha oggi alcuna importanza distinguere un ente dall'altro secondo il criterio della pubblicità. Quando, infatti, si ammette che dal fatto della pubblicità come tale non discende alcuna conseguenza in ordine alla posizione del soggetto, si riconosce che dire che un ente è pubblico non ha alcuna importanza operativa bensì un significato meramente conoscitivo*". Tra i privatisti, per una sintesi delle diverse obiezioni movibili a ciascuno dei criteri poc'anzi enucleati, si segnala GALGANO

non può che far sorgere qualche perplessità soprattutto ove si pretenda non solo di colmare una simile lacuna attraverso il ricorso ad una definizione sostanziale di pubblica amministrazione<sup>358</sup> – la quale, è appena il caso di osservare, allontanerebbe ancor più dal disposto dell’art. 1 l. fall. che espressamente si riferisce ai soli “enti pubblici”<sup>359</sup> –, ma, con riguardo a quelli elaborati per riconoscere la natura sostanzialmente pubblica delle società che occupano, di applicarli ad un ente la cui qualificazione, per l’appunto quella di società (per azioni o a responsabilità limitata), non potrebbe essere revocata in dubbio giacché è stata già sancita al momento della costituzione.

Peraltro, la disapplicazione della disciplina societaria (in specie quella relativa al fallimento), che se ne vuole far discendere, contrasterebbe con una disposizione di carattere generale che parrebbe essere stata emanata proprio con il preciso intento di limitare il ricorso a simili operazioni

---

F., *Sub art. 1, comma 1°*, in BRICOLA F., GALGANO F., SANTINI G. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare, Artt. 1-22*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1974, 90 ss., spec. 91.

<sup>358</sup> Rileva GOISIS F., voce “Ente pubblico”, cit., 416 che “non a caso, sempre più spesso, il legislatore preferisce parlare (invece che di ente pubblico) di pubblica amministrazione, nozione in sé meno direttamente connessa al possesso della personalità giuridica di diritto pubblico e comunque meno formalmente definita, anche perché da sempre oscillante tra un’accezione cosiddetta oggettiva (che guarda all’attività) ed una cosiddetta soggettiva (che valorizza la natura del soggetto)... D’altra parte, un sistema quale quello italiano, in cui per anni si è teorizzata l’impossibilità di identificare con sicurezza la pubblicità degli enti e, in connessione con ciò, la giurisprudenza ha ampiamente utilizzato in modo sincretico e spesso occasionale ed incoerente la teoria degli indici rivelatori della pubblicità, rappresentava il terreno ideale per il radicarsi di criteri sostanzialistici”. Né parrebbe idonea, in ogni caso, la (artificiosa) distinzione operata da RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, cit. 229 ss., tra “una soggettività pubblicistica che rappresenta direttamente l’organizzazione e la personificazione di una collettività e di un ordinamento originari e sovrani, che si potrebbe definire soggettività “primaria” o di “primo grado”, ed una soggettività pubblicistica, definibile invece come soggettività “derivata” o “di secondo grado”, che alla prima si rapporti giusta l’integrazione di una fattispecie corrispondente alla nozione sostanziale di “ente” o “organismo pubblico” omogeneamente ricavata dal diritto europeo e dal diritto nazionale” (virgolettati dell’A.), nella quale ultima rientrerebbe la vicenda delle privatizzazioni formali.

<sup>359</sup> Si legge, infatti, in App. Napoli, 27 ottobre 2015, n. 214, in *Dejure*, che “giova chiarire come nel sistema del codice civile e della legge fallimentare la fallibilità (a differenza dell’assoggettività a liquidazione coatta amministrativa) sia la regola per tutte le società e come le esenzioni dalla fallibilità siano costruite come eccezioni, come tali da interpretarsi sulla base dei noti parametri di cui all’art. 14 delle preleggi”. In dottrina, nel senso che “l’esclusione degli imprenditori commerciali enti pubblici dal fallimento è norma di carattere speciale, introdotta con funzione derogatoria rispetto a quella generale che sottopone alla procedura tutti gli imprenditori commerciali che superino le soglie di cui al secondo comma dell’art. 1 ed è pertanto insuscettibile di interpretazione analogica” si segnala SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in FORTUNATO S., GIANNELLI G., GUERRERA F. e PERRINO M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo*, Milano, 2011, 533 ss., spec. 545.

Perché tali affermazioni risultino condivisibili, occorrerebbe, in ogni caso, accedere a quell’opinione che interpreta la norma eccezionale “come norma derogativa, non già nei confronti di un principio generale o fondamentale o supremo dell’ordinamento, bensì della norma (più generale) della propria fattispecie, di quella norma cioè che, qualora la norma derogativa mancasse, si applicherebbe in sua vece alla fattispecie medesima”: *amplius* cfr. VELLUZZI V., *Sub art. 14 disposizioni sulla legge in generale*, in BARBA A., PAGLIANTINI S. (a cura di), *Commentario del codice civile, Delle persone*, vol. I, *Disposizioni sulla legge in generale*, Torino, 2012, 277 ss.

interpretative<sup>360</sup>. Ci si riferisce, segnatamente, all'art. 4, comma 13, secondo periodo, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (conv. con mod. in l. 7 agosto 2012, n. 135), il quale così recita: “*le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*”<sup>361</sup>.

È possibile, dunque, confermare la soluzione alla quale si perveniva qualche riga più avanti: la soggezione ad una disciplina difforme da quella valida, in generale, per le società di capitali potrà trovare applicazione soltanto nel caso in cui il legislatore ritenga di attrarre le società in mano pubblica, per alcune specifiche materie, nella sfera del diritto pubblico, non potendosi, diversamente, ricavare, per il tramite del ricorso a mutevoli indici rivelatori, la pubblicizzazione *tout court* della natura (e quindi della disciplina) di quegli enti, ivi inclusa l'esclusione dal diritto concorsuale<sup>362</sup>.

Non è possibile pretermettere, infine, i ben noti (alla dottrina giuscommercialista<sup>363</sup>) rischi in termini di certezza del diritto: gli enti dei quali si è sin qui discusso sono, infatti, iscritti nel registro delle imprese come società – e non come enti pubblici economici –; ciò significa che, attraverso il sistema di pubblicità legale appositamente istituito, essi dichiarano ai terzi la loro natura societaria,

---

<sup>360</sup> Come specificato negli atti parlamentari (Dossier del Servizio Studi del Senato della Repubblica, n. 382/2012), la disposizione citata, subito dopo, nel testo sarebbe, difatti, 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 la disciplina comune dell’attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione*”. Secondo VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 172, “*appare significativo che il legislatore abbia voluto ribadire nel 2012 un concetto già presente nel nostro ordinamento sin dal 1942 perché disvela la preoccupazione per le derive pubblicistiche che negli ultimi anni stanno prendendo i giudici nella valutazione dei fenomeni (anche concorsuali) delle società in mano pubblica e sembra voler costruire un argine contenitivo, un monito rivolto soprattutto alla giurisprudenza, contro queste teorie riqualificanti, coqualificanti o dequalificanti delle società pubbliche*”.

Quanto alla portata di tale norma, essa è stata considerata di “interpretazione autentica” e di “chiusura del sistema”: su tali aspetti si rinvia a CODAZZI E., *Le società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell’impresa e diritto delle società*, in *Relazione al V Convegno Orizzonti del Diritto commerciale*, 2014, ora in *Giur. comm.*, 2015, 74 ss. (spec. 85), *Società in mano pubblica e fallimento*.

<sup>361</sup> Per un esame *funditus* della norma, cfr. GOISIS F., *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l’art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, on-line.

<sup>362</sup> In dottrina, in luogo di molti, si veda in tal senso IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 511 ss., spec. 515.

<sup>363</sup> Tale argomento si ritrova, frequentemente, nel pensiero di IBBA C.: da ultimo v. in *L’impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *AGE*, 2015, 409 ss., spec. 411. Nella giurisprudenza di legittimità le ragioni di tutela dell’affidamento dei terzi contraenti sono invocate da Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in *Foro it.*, parte I, col. 113, con commento di CARMELLINO G.



suscitando in questi il legittimo affidamento circa l'applicazione di un regime conforme al *nomen iuris* dichiarato. Un siffatto affidamento, come ognuno vede, sarebbe tradito se una determinata norma societaria venisse disapplicata a beneficio di un'altra pubblicistica o comunque non societaria o non propria del tipo di società in questione<sup>364</sup>.

### **1.1. (segue) La fallibilità della società *in house providing*-patrimonio separato. Critica.**

Resta, a questo punto, da verificare se questi argomenti possano, altresì, attagliarsi alla soluzione della problematica relativa alla fallibilità delle società *in house providing*, in special modo a seguito dell'affermazione, in un numero apprezzabile di pronunce di merito<sup>365</sup>, della ricostruzione della loro natura alla stregua di un patrimonio separato riconducibile all'ente pubblico socio.

L'esercizio di poteri di ingerenza dell'ente pubblico o degli enti pubblici controllanti la società domestica, unitamente alla dedizione (prevalente) dell'attività svolta da quest'ultima in favore dei primi, hanno rivitalizzato un modello, descritto nel capitolo precedente (parte II, §§ 1-2), di intervento pubblico nell'economia ove maggiormente accentuati – rispetto alle stesse società rivenienti dal processo di privatizzazione – sono i caratteri di dipendenza dalla p.a.

Potrebbe, di conseguenza, ritenersi coerente con l'impostazione tipologico-pubblicistica l'atteggiamento che è dato riscontrare in quelle decisioni che già prima dell'arresto del novembre 2013 delle sezioni Unite hanno escluso la fallibilità e l'assoggettabilità al concordato preventivo delle società ora in discorso. In tal caso, secondo taluni giudici<sup>366</sup>, si deve, difatti, escludere “*in*

---

<sup>364</sup> Si legge in Trib. Livorno n. 5/2016, *inedita*, - annoverabile tra le sentenze che hanno riconosciuto ammissibile la domanda di concordato preventivo con riserva di una società *in house providing* - che “*nel caso in cui si escludesse l'applicabilità della legge fallimentare, sarebbe totalmente frustrato il sistema di pubblicità legale del registro delle imprese, che suscita nei terzi un legittimo affidamento sull'assoggettabilità delle società al regime dell'imprenditore commerciale*”.

<sup>365</sup> Utilizzano l'interpretazione fatta propria da Cass., sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit. (*sub* nota 211, oltre alle note di commento ivi citate v. pure SARDELLI S., *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimine tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, in *Giur. comm.*, 2015, 464 ss.), al fine di negare l'assoggettabilità a fallimento e a concordato preventivo: Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it* e in STABILINI A. (a cura di), *Osservatorio di giurisprudenza di merito*, in *Società*, 2014, 618-619; Trib. Napoli, 1 agosto 2014, n. 514, in ASTEGIANO G., *Società pubbliche. Insolvenza e responsabilità*, Ipsoa ed., 2015, 163 ss.; Corte App. L'Aquila, 2 marzo 2015, in *www.ilcaso.it* e Trib. Napoli Nord, 6 maggio 2015, in *Riv. dott. comm.*, 2016, 99 ss., con nota (critica) di SINA G., *Fallibilità delle società pubbliche in house: una questione riaperta (o una falsa questione)? Tra l'incidenza delle nuove direttive U.E. in tema di in house providing e la (in)validità delle relative clausole societari*. Tale ultima pronuncia dichiara, però, il fallimento della società sul presupposto che, nel caso di specie, difetti nello statuto una clausola limitativa del trasferimento delle azioni a privati (*ergo*, il requisito del capitale pubblico totalitario).

<sup>366</sup> Sembra, ad un'attenta lettura, che sia Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in *www.ilcaso.it* sia Trib. Massa, 22 settembre 2010, *inedita*, si preoccupino di dimostrare la carenza, nei casi di specie, dei requisiti legittimanti l'*in house providing*,

*radice la fallibilità, ai sensi dell'art. 1, comma 1, L.F., per equiparazione delle medesime – al di là del “nomen iuris” e della forma privatistici, ed in ragione della “sostanza” o “materia” pubblicistica dal punto di vista obiettivo dell'attività esercitata – ad un qualsivoglia “ente pubblico”, categoria espressamente dichiarata non fallibile dalla legge”.*

Come si anticipava dianzi, una simile posizione – da considerarsi, comunque, censurabile alla luce delle superiori considerazioni – si è venuta, per dir così, radicalizzando nel momento in cui si è ritenuto che la società *in house* vada non già riqualificata in ente pubblico ma configurata<sup>367</sup> come una mera articolazione interna della p.a., una sua *longa manus*, al punto che l'affidamento mediante *in house contract* neppure consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo; di talché l'ente *in house* “non potrebbe ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa”. Si è, ancora, osservato – ed in ciò consiste uno dei passaggi più noti (ed allegorici) della pronuncia del 2013<sup>368</sup> – che “*il velo*

---

partendo, quindi, dal presupposto che tali società non siano fallibili. Ciò, in particolare, sarebbe confermato dalla circostanza che la seconda dichiara espressamente non applicabile Trib. Catania, 26 marzo 2010, *cit.* In termini più espliciti, benché successiva alla predetta pronuncia della Corte di legittimità (non espressamente menzionata), Trib. Teramo, 10 settembre 2015, n. 100, in *Lex24* (dalla quale si cita nel testo), che, constatando l'assenza, nel caso concreto, del requisito del controllo analogo e quello dell'attività prevalente, è costretta a dichiarare il fallimento.

<sup>367</sup> La precisazione non è casuale: la Corte Suprema, nella sentenza in commento, reputa, infatti, le operazioni di riqualificazione non fondate ribadendo che “*se in via di principio può ammettersi che il riconoscimento della natura pubblica di un ente sia desumibile anche per implicito da una o più disposizioni di legge, occorre nondimeno che la volontà del legislatore in tal senso risulti da quelle disposizioni in modo assolutamente inequivoco*”. Inoltre, la riqualificazione confermerebbe l'esistenza di due soggetti: l'ente pubblico socio e la società, pur essa pubblica, ma, appunto, persona giuridica autonoma e distinta.

<sup>368</sup> I passaggi così succintamente riassunti nel testo sono stati, successivamente, replicati in tutta una serie di sentenze posteriori emesse sempre nell'ambito di giudizi relativi a conflitti di giurisdizione tra il giudice ordinario e quello contabile: cfr. Cass., sez. Un., 2 dicembre 2013, n. 26936, in *Foro amm.*, 2014, 378; Cass., sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27993, in *Giur. comm.*, 2015, 460, con nota di SARDELLI S., *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimine tra giurisdizione contabile ed ordinaria, cit.*; Cass., sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Foro amm.*, 2014, 1391; Cass., sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7177, in *Diritto & Giustizia*, 2014, *on-line*, con nota di BRUNO E., *L'attività delle società in house può finire sotto la lente della Corte dei Conti*; Cass., sez. Un., 9 luglio 2014, n. 15594, in *Foro amm.*, 2014, 1901, la quale, in realtà, contiene un inciso di non poco momento, ovvero la puntualizzazione che la costruzione della società *in house* come articolazione interna alla p.a. viene affermata “*quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione*”; Cass., sez. Un., 24 ottobre 2014, n. 22609, in *Dejure*; Cass., sez. Un., 13 novembre 2015, n. 23306, in *Foro amm.*, 2015, 3055, con riferimento ad Alitalia S.p.A. della quale è stata esclusa la natura di società *in house*; da ultimo, Cass., sez. Un., 8 luglio 2016, n. 14040, in *Dejure*.

Sulla base del medesimo impianto motivazionale, v. – nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto la legittimità di alcune ordinanze-ingiunzioni di pagamento notificate ad una società di trasporto pubblico per violazione dell'art. 53, comma 9, d.lgs. n. 165/2001 – Cass., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Dejure*, che così si esprime: “*difatti la natura “in house providing” della società partecipata vanifica il dato formale della sua distinta personalità giuridica e giustifica in toto l'assimilazione della stessa società alle articolazioni organiche dell'ente pubblico, degli enti pubblici che al suo capitale partecipano in forma totalitaria; la società “in house” in fondo è una sorta di “impresa - organo”*” (virgolettati nella sentenza).

*che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva”.*

Ne conseguirebbe che se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, “è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità”.

Pur essendo tentati dal muovere alcuni rilievi critici pure con riguardo agli effetti che una siffatta ricostruzione riverbera proprio sull'unica questione che la Corte regolatrice avrebbe dovuto risolvere (*i.e.*, quella concernente la giurisdizione sull'azione di responsabilità degli organi sociali)<sup>369</sup>, per ragioni di brevità è opportuno soffermarsi, unicamente, su quegli aspetti che, in maniera più ricorrente, sono stati posti a fondamento delle decisioni giudiziali negatrici della fallibilità delle società di autoproduzione.

Preliminarmente, va osservato che, sotteso al ragionamento dei giudici di legittimità, parrebbe esservi il convincimento che la formula organizzativa societaria sia divenuta solamente un mezzo per consentire alle pp.aa. di eludere gli stringenti vincoli della disciplina pubblicistica rifugiandosi, per l'appunto, nelle più “comode” forme del privato nelle quali, sempre secondo la loro prospettiva, il socio pubblico “conquisterebbe” l'immunità dall'applicazione dei controlli e delle garanzie proprie del diritto pubblico. Si tratterebbe, dunque, di un utilizzo strumentale, *rectius* in frode alla legge, della personalità giuridica la quale verrebbe, in altri termini, adoperata per perseguire scopi vietati dall'ordinamento, ovvero l'elusione di divieti o prescrizioni legislativi. Sarebbe, allora, necessario far ricorso a quelle tecniche che, perforandone il velo, consentono il superamento della personalità giuridica<sup>370</sup>.

---

*Contra* Cass., sez. Lav., 4 marzo 2016, n. 4274, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, ove si legge: “la finalizzazione della società di capitali alla gestione in house di un servizio pubblico - il che accade ove la pubblica amministrazione provveda in proprio al perseguimento di scopi pubblici attribuendo l'appalto o il servizio ad altra entità mediante il sistema dell'affidamento diretto, c.d. in house providing, cioè senza gara - non muta la natura giuridica privata della società riguardo alle ricadute previdenziali dei rapporti di lavoro, assumendo rilievo nell'ordinamento nazionale e comunitario solo riguardo al mercato e alla tutela della concorrenza”.

<sup>369</sup> Limitandosi ad un'annotazione essenziale, in dottrina (cfr. IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, cit., 19) è stato, condivisibilmente, osservato che la responsabilità amministrativa ha presupposti e caratteristiche che limitano l'effetto riparatorio (p.e.: è attivabile solo in caso di dolo o colpa grave, è di regola quantificata in un importo ridotto rispetto all'ammontare del danno) sicché ammetterla nei confronti degli amministratori equivarrebbe a sacrificare le finalità di riequilibrio patrimoniale proprie della responsabilità civilistica e, ove si ritenesse configurabile una successiva azione in sede civile per il danno residuo, questo costringerebbe ad una “moltiplicazione dei giudizi”, minando, per tale via, proprio l'esclusività della giurisdizione.

<sup>370</sup> Nell'utilizzo di una simile terminologia si tenga presente l'avvertenza di TONELLO M., *La dottrina del piercing the veil nell'american corporate law*, in *Contr. impr.*, 1998, 165 ss.: “è stato un errore tradurre in Italia l'espressione *piercing the veil* come «superamento dello schermo della personalità giuridica», poiché questa espressione metaforica

Una simile ricostruzione, seppur suggestiva, era, in realtà, stata già avanzata in dottrina<sup>371</sup> *ad adiuvandum* del percorso argomentativo con il quale una sezione regionale della Corte dei conti<sup>372</sup> era pervenuta all'affermazione della giurisdizione della magistratura contabile sull'azione di responsabilità degli amministratori di una società in mano pubblica. Si rivela particolarmente interessante andare a rileggere quelle pagine perché si scopre come, all'esito di un ampio esame, anche comparato, della questione del superamento del velo della personalità giuridica, lo stesso

---

*da noi ha avuto un effetto equivoco e fuorviante che non si è verificato negli Stati Uniti, e ha discostato l'attenzione del giurista italiano dalla questione fondamentale: quell'antitesi tra il principio speciale di responsabilità limitata e il regime generale di responsabilità patrimoniale che la doctrine del veil piercing mira a ripristinare. Per la stessa ragione è auspicabile una maggiore diffusione dell'espressione «disapplicazione di norme», già in uso nella dottrina italiana più recente, perché efficace e più vera»* (virgolettati dell'A.). Tra gli studi monografici che, in epoca remota, hanno affrontato *ex professo* la problematica del *lifting the corporate veil*, attraverso i necessari riferimenti al diritto americano e inglese (ma anche a quello continentale), si ricorda VERRUCOLI P., *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964, spec. 79 ss., il quale accede all'interpretazione della personalità giuridica quale privilegio concesso dall'ordinamento e perviene, quanto al problema del superamento della stessa, alla seguente conclusione (pag. 204): “*nella sistematica delle società di capitali l'ordinamento giuridico, ricorrendo determinati presupposti, reagisce e deve reagire, caducando – sia pure ad effetti e fini limitati (e dunque è tutto e soltanto un problema di limiti del superamento) – il riconoscimento concesso per la normalità delle ipotesi, onde ne risulta un valore non permanente ed incondizionato della personalità. Ed il superamento che realizza questa relatività della persona giuridica si mostra in tutta evidenza come uno dei possibili strumenti attraverso i quali il potere centrale contiene e corregge la forza dei gruppi, ripristinando un equilibrio compromesso, combatte gli abusi del privilegio concesso, realizza compiutamente i fini perseguiti che risultino in qualche modo compromessi da un rigido rispetto formalistico del concesso privilegio della personalità giuridica*”. Più di recente, nella prospettiva di una più generale rimediazione delle teorie elaborate in punto di personalità giuridica si veda MONTALENTI P., *Persona giuridica, Gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, spec. 1-33.

<sup>371</sup> Il riferimento è, segnatamente, a GOISIS F., *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 444 ss.; successivamente, in ID., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 241 ss.

<sup>372</sup> Si tratta, nella specie, di Corte dei conti, sez. giur. regione Lombardia, sentenza 17 febbraio 2000, la quale ricorre proprio alla utilizzazione della categoria organismo di diritto pubblico, al fine di rinvenire una pubblicità (sostanziale), capace di fondare la giurisdizione contabile; al riguardo, il commentatore parrebbe giustificare l'utilizzo della tecnica del superamento del velo della personalità giuridica solo per “sanzionare” elusioni (anche legislative) del diritto comunitario. Infatti, si legge - nel commento citato alla nota precedente (p. 465) - che sarebbe “*comprensibile una lettura in chiave di sanzione contro la frode alla legge dell'imposizione, a livello comunitario, della nozione di organismo di diritto pubblico. Qui si confrontano un legislatore comunitario ed un legislatore interno. E si capisce come il primo possa assumere, nei confronti del secondo, una posizione attenta a sanzionare dei tentativi di eludere quelle prescrizioni legislative comunitarie, a cui il legislatore nazionale è chiamato a conformarsi. Del tutto coerente, così, l'utilizzo del modulo della sanzione dell'abuso della personalità giuridica, ossia della frode alla legge. Ma, per questa stessa ragione, tale utilizzo, come del resto già da altri suggerito, dovrà risultare necessariamente limitato alle sole materie di rilevanza comunitaria. Ossia dovrà rimanere confinato là dove solo ha senso sanzionare elusioni - anche legislative - del diritto comunitario*”.

Autore avesse individuato, per dir così, gli anticorpi necessari a “difendersi” dall’utilizzo di siffatte tecniche, evidentemente, ad altri fini elaborate<sup>373</sup>.

Sarebbe, infatti, insuperabile la considerazione che le società pubbliche vengono costituite sulla base di una previsione legislativa: è lo stesso legislatore a prevedere ed autorizzare – oggi finanche mediante una normativa organica la quale contiene la menzione delle eventuali deroghe al diritto comune che, per quanto non diversamente previsto, s’applica integralmente – una gestione privatistica ed imprenditoriale del servizio pubblico locale. Ora, parlare – prosegue, condivisibilmente, lo studioso<sup>374</sup> – di frode alla legge, di elusione di prescrizioni legislative ovvero di principi del sistema sarebbe “*privo di senso*” soprattutto ove, come nel caso delle società *in house providing*, la società pubblica sia stata costituita in conformità al modello legislativo; diversamente, considerare elusiva la concreta costituzione di una società conforme al dettato legislativo significherebbe “*attribuire al legislatore la volontà di frodare se stesso*”<sup>375</sup>.

Levato, in modo alquanto discutibile, il velo della personalità giuridica, non resta, dunque, che esaminare ciò che dietro di essa si celerebbe, cioè, secondo la Cassazione, una mera *cellula separata*<sup>376</sup> dal patrimonio generale dell’ente pubblico.

---

<sup>373</sup> Secondo GALGANO F., voce “*Persona giuridica*”, in *Dig. Disc. civ.*, Torino, 1995, 392 ss., spec. 404-405, “*si deve, invece, fare appello all'abuso della personalità giuridica ed all'esigenza di superarne lo schermo quando una società di capitali risulti costituita al solo scopo di procurare ai soci il beneficio della responsabilità limitata, ed i soci abbiano agito nel più assoluto disprezzo delle fondamentali regole del tipo di società prescelto ... l'abuso della personalità giuridica si manifesta, in questo ordine di casi, in tre possibili forme: con la sistematica confusione fra il patrimonio della società e quello personale dei soci, i quali trattano i beni sociali come beni propri o impiegano danaro proprio per pagare i creditori della società; con la sistematica pratica dei prestiti dei soci alla società; con la sistematica precostituzione delle decisioni dell'organo amministrativo della società. In questi casi si dovrà prendere atto che la personalità giuridica della società è stata ridotta a mero simulacro formale, al riparo del quale i soci hanno agito alla stessa stregua dei soci di una società di persone; e dovrà essere pronunciata la loro decadenza dal beneficio della responsabilità limitata o, in caso di fallimento della società, dovrà essere pronunciato il loro personale fallimento*”.

<sup>374</sup> GOISIS F., *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, cit., 464-465.

<sup>375</sup> Riprende (e amplia) il pensiero dell’A. citato alla nota precedente, VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 188-189, osservando che “*la Cassazione ha adottato una decisione palesemente illogica perché ha scelto di ricorrere ad uno strumento pensato ed applicato in tutto il mondo per sanzionare gli abusi dello schermo societario senza colpire il soggetto abusante, come sarebbe stato logico, ma il soggetto abusato; lasciando intendere che costituisca abuso della persona giuridica il ricorso alla costituzione di una società secondo il modello dell’in house providing, senza dimostrare l’abuso della legge (l’art. 113 TUEL) di recepimento di un istituto comunitario contro un’altra legge (quella sulla responsabilità contabile degli amministratori pubblici); e infine ha fatto ciò sostituendosi in concreto ad un accertamento di legittimità costituzionale dell’in house che solo alla Corte Costituzionale sarebbe spettato*”.

<sup>376</sup> Evidentemente, la tecnica del superamento del diaframma viene, come osservato da FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, cit., 81, mutuata dal legislatore interno pure nell’ambito della disciplina dei patrimoni destinati a specifici affari traducendola nell’inopponibilità della segregazione quando nell’esecuzione dello specifico affare siano sorte obbligazioni derivanti da “fatto illecito”.

Innanzitutto, la degradazione della società *in house* in patrimonio separato, che, come detto, ha avuto una discreta fortuna proprio nelle pronunce successive al novembre 2013 dichiarative dell'inassoggettabilità alla liquidazione fallimentare, aprirebbe, secondo la più attenta dottrina<sup>377</sup>, un *vulnus* di non poco momento relativamente a quelle istanze di tutela dell'affidamento cui la nostra disciplina di diritto societario si ispira (e sopra già fatte oggetto di richiamo).

Pur ammettendo la disapplicazione dell'art. 2331 c.c. per contrasto con il controllo analogo come (discutibilmente) configurato dalla sentenza in commento<sup>378</sup>, parrebbe assai difficile, infatti, misconoscere che l'interesse dei terzi venga, ingiustamente, pretermesso quando, per esempio, la società *in house* non sia tale fin dall'origine, avendone l'ente locale acquistato solo successivamente la partecipazione totalitaria e realizzato, di conseguenza, il controllo analogo. In questa ipotesi, proprio i terzi nulla saprebbero che la società, la quale, certamente, ha acquistato, in un primo tempo, la personalità giuridica per effetto dell'iscrizione ed è, sicuramente, venuta ad esistenza come soggetto giuridico a sé stante, ad un certo punto della sua vita l'avrebbe perduta.

Né potrebbero essere trascurati gli interrogativi che si addensano intorno alla ritenuta compatibilità del controllo analogo congiunto con la dequalificazione della società domestica in patrimonio separato: *“a quale degli enti pubblici soci sarà riconducibile il patrimonio separato, solo esteriormente imputato alla società? O si creeranno tante masse patrimoniali separate quanti sono i soci pubblici? Ma chi e come ne determinerebbe la consistenza? Come andrebbero ripartiti, fra di essi, gli effetti degli atti compiuti in nome della – peraltro inesistente – persona giuridica societaria? E come potrebbe essere rispettato il criterio della “menzione del vincolo di destinazione” necessaria ai fini dell'imputazione?”*<sup>379</sup>.

Si badi, infine, che pur ammettendo la creazione in via giurisprudenziale – e non in forza di una disposizione di legge in deroga, quindi, a quanto previsto dall'art. 2740, co. 2, c.c.<sup>380</sup> – della

---

<sup>377</sup> Il riferimento è, specialmente, a IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, cit., 17 ss.

<sup>378</sup> La sentenza in commento parte, infatti, dalla constatazione a proposito del controllo analogo che *“l'espressione “controllo” non allude perciò, in questo caso, all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante autonomia gestionale”*, pervenendo alla conclusione della inconciliabilità tra quest'ultimo e la disciplina della direzione e coordinamento. Sul punto, sia consentito rinviare alle considerazioni (di diverso segno), a tal uopo, svolte *sub cap. I, parte II, § 2.*

<sup>379</sup> Così IBBA C., *op. e loc. ult. cit.* Ambe due gli argomenti si trovano replicati pure nelle pronunce di merito che hanno ritenuto fallibile le società in “pubblico comando”: v., su tutte, App. Napoli n. 214/2015, cit.

<sup>380</sup> Rileva tale criticità FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, cit., 79-80, e, in giurisprudenza, App. Napoli n. 214/2015, cit.

società *in house*/patrimonio separato, la successiva esportazione dell'impianto motivazionale così concepito dalle sezioni Unite in un ambito diverso rispetto a quello della responsabilità degli amministratori di organismi partecipati<sup>381</sup> potrebbe rischiare di andare stretta a quel filone giurisprudenziale che sulla base dello stesso ha ritenuto di negare la fallibilità delle società domestiche.

Com'è noto, per l'ipotesi dell'insolvenza del patrimonio destinato cui non si accompagna quella della società che l'ha istituito non è rinvenibile una specifica disciplina di talché il dibattito, in argomento, si è polarizzato su due distinte posizioni: una parte della dottrina<sup>382</sup>, innestandosi nel

---

<sup>381</sup> Affermano la valenza "settoriale" della pronuncia delle sezioni Unite nella giurisprudenza di merito (favorevole all'assoggettabilità a fallimento delle società di autoproduzione): Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, 29 maggio 2014 (relativa ad una STU), in *Dir. fall.*, 2015, 66 ss., con nota di CERVELLI S., *Assoggettabilità a fallimento della società in house*, e in *Dir. fall.*, 2015, 327 ss., con nota di MACCHIARULO L., *Il fallimento di una società pubblica di trasformazione urbana: il caso Bagnolifutura*; Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, in ASTEGIANO G., *Società pubbliche. Insolvenza e responsabilità*, cit., 178 ss.; App. Napoli n. 214/2015, cit., e Trib. Livorno n. 5/2016, cit. Al riguardo, Trib. Modena fa notare che "il silenzio mantenuto dal giudice di legittimità in ordine alla specifica questione dell'assoggettabilità delle società in house al fallimento sia in occasione della sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013 sia in quella delle SS.UU. benché la problematica fosse senz'altro ben presente alla Corte in entrambe le circostanze con conseguente possibilità di inserire un obiter dictum che avrebbe quantomeno indirizzato la discussione", pervenendo alla constatazione che "pur dando per nota la ritrosia della Corte dall'uscire dallo stretto sentiero dell'esame dei motivi di ricorso è lecito anche sospettare che se ciò non è avvenuto a poca distanza temporale della ferma enunciazione dell'opposto principio della generale fallibilità delle società partecipate da enti pubblici operata con la sentenza n. 22209/2013 è perché la questione non può essere ancora data per pacifica nonostante i principi enunciati dalle Sezioni Unite sembrano far concludere per un diverso statuto delle società in house in crisi economica e finanziaria".

<sup>382</sup> Con varietà di argomenti, alcuni dei quali qui si sintetizzeranno soltanto, sostengono tale orientamento in dottrina, tra gli altri: LAMANDINI M., *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003*, n.6, in *Riv. soc.*, 2003, 490 ss.; ROCCO DI TORREPADULA N., *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, 40 ss.; VINCRE S., *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, 126 ss. Al riguardo, si segnalano, in particolare, la circostanza che la legge fallimentare contempli ipotesi di impresa senza imprenditore (si pensi all'insolvenza dell'incapace o del defunto) e che "l'attività economica del patrimonio destinato avviene (*rectius*: deve avvenire) con la spendita di un nome particolare e diverso da quello generale della società (art. 2447-quinquies, ultimo comma, c.c.)", potendosi da questo punto di vista "riconoscere nel patrimonio destinato l'equivalente dell'imprenditore, che esercita l'attività d'impresa". GUGLIELMUCCI L., *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività di impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1175 ss., rileva finanche un problema di legittimità costituzionale sotto il profilo del diverso trattamento della disciplina della crisi di impresa quando esercitata con lo strumento del patrimonio destinato. Tra i contributi più recenti cfr. CAIAFA A. - VALERIO A., *Patrimoni destinati ad uno specifico affare: profili concorsuali*, in CAIAFA A., ROMEO S. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Padova, 2014, 639 ss., spec. 669 ss., i quali ritengono che si tratterebbe di "un'ipotesi di insolvenza non disciplinata" e superano la necessità di individuare, sul piano intersoggettivo, un centro di imputazione cui riferire gli effetti, non solo, patrimoniali derivanti dal concorso, ma anche in termini di responsabilità penale, "attraverso l'utilizzo del concetto matematico della "corrispondenza biunivoca", consentendo esso, invero, di affermare che ad un patrimonio si riferisce sempre uno ed un solo soggetto e che, conseguentemente, è vero anche il contrario (in tal senso biunivoca), atteso che a quest'ultimo (il soggetto) non può che essere riferito uno ed un solo patrimonio. Da tale regola discende, pertanto, che ad un patrimonio risponde un

solco di quella tendenza alla “oggettivizzazione” del fallimento con il graduale passaggio dalla centralità dell’imprenditore a quella dell’impresa, ha sostenuto la fallibilità del patrimonio destinato che sarebbe così assoggettabile isolatamente ad una procedura concorsuale; al contrario, la dottrina maggioritaria<sup>383</sup>, considerando i patrimoni destinati delle mere suddivisioni interne alla società, si oppone a una tale ricostruzione, rilevando come la procedura fallimentare sia incentrata sulla figura dell’imprenditore e non sul patrimonio e come il decreto correttivo alla riforma del diritto societario del 2004, confermato dall’assenza di indicazioni a riguardo nella riforma fallimentare del 2006, abbia precisato che alla liquidazione si applicano esclusivamente le disposizioni previste dal codice civile sulla liquidazione della società e non la disciplina concorsuale.

Orbene, non potendo costituire la presente sede un’occasione per ripensare, criticamente, all’una o all’altra posizione, preme, invece, sottolineare l’assenza, nelle pronunce negatrici del fallimento delle società *in house*-patrimonio separato, di quell’ulteriore passaggio logico – che, a questo punto, stante l’importanza della problematica, sarebbe dovuto essere ineludibile –

---

*soggetto il quale, a sua volta, non può avere due o più patrimoni, ma questi, ancorché separati, saranno parte di quell’unico patrimonio, nel quale, d’altronde, sono destinati a confluire”.*

Effettivamente, sul piano degli interessi tutelati, principalmente quelli dei creditori del patrimonio separato, le regole della liquidazione ordinaria delle società – ritenute applicabili dall’opinione di cui si dirà alla nota successiva - non consentirebbero di realizzare l’esigenza di parità di trattamento tra i creditori. Eloquenti, in punto, gli interrogativi formulati da FORTUNATO S., *Sub art. 1*, in JORIO A. (diretto da), FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 46: “*ma com’è possibile applicare le norme ordinarie sulla liquidazione, secondo cui i debiti vanno pagati mano a mano che scadono, e non piuttosto i principi della concorsualità? E perché mai la gestione – pur separata – e la liquidazione devono affidarsi al curatore della società (ancora fa premio il pregiudizio soggettivistico!), senza cogliere il possibile conflitto d’interesse di cui egli è portatore fra la tutela dei creditori generali (della società) e la tutela dei creditori particolari (del patrimonio)?”.*

<sup>383</sup> Si valorizzano, a sostegno della “infallibilità” del patrimonio separato, alcuni dati normativi di indubbio rilievo (richiamati, sinteticamente, anche nel testo): le modifiche al co. 2 dell’art. 2447-*novies* c.c., apportate dall’art. 20, d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, con le quali si puntualizza che l’incapacità del patrimonio destinato di soddisfare regolarmente le obbligazioni contratte nell’esecuzione dello specifico affare è da regolarsi *esclusivamente* dalle disposizioni sulla liquidazione della società in quanto compatibili ed inoltre il diverso (rispetto all’insolvenza) riferimento lessicale utilizzato dall’art. 156, co. 1, l. fall. ove si dispone, infatti, che “*se a seguito del fallimento della società o nel corso della sua gestione, il curatore rileva che il patrimonio destinato è incapiente, provvede, previa autorizzazione del giudice delegato, alla sua liquidazione secondo le regole della liquidazione della società*” (corsivo di chi scrive). Inoltre, si replica che in tutte le fattispecie citate (nella nota precedente) a sostegno dell’ammissibilità del “fallimento meramente oggettivo” l’attività d’impresa costituirebbe “*presupposto servente rispetto alla qualificazione del soggetto quale imprenditore commerciale e alla sua successiva dichiarazione di fallimento*”. In questo senso, anche con l’utilizzo di ulteriori ragioni, v. MANFEROCE T., *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fall.*, 2003, 1241 ss.; (anche per un esame di tipo comparato) LAUDONIO A., *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2006, 265 ss.; FIMMANÒ F., *Insolvenza della spa ed incapacienza dei patrimoni destinati*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), e ID., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2008, 301 ss.; SANTAGATA R., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in SCHLESINGER P. (fondato da), BUSNELLI F. D. (continuato da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2014, 390 ss.



rappresentato, per l'appunto, o dall'adesione espressa alla suddetta impostazione dottrinale (maggioritaria) o, auspicabilmente, dalla dimostrazione, corredata da un adeguato supporto motivazionale, della esclusione della fallibilità del patrimonio separato.

## 2. L'approccio funzionale e il carattere necessario della società in mano pubblica. Critica.

Tra gli orientamenti volti ad escludere la fallibilità delle società in "pubblico comando" la necessità della garanzia della continuità del servizio pubblico locale al verificarsi della crisi del gestore può apprezzarsi maggiormente, quale causa di giustificazione dell'esenzione, nell'ambito dell'approccio c.d. funzionale.

La fallacia, secondo i fautori di quest'ultimo<sup>384</sup>, nella quale incorrerebbe il metodo tipologico-pubblicistico consiste nell'utilizzare una tecnica, quella degli indici rivelatori, per accertare, in concreto, la natura pubblica di un ente senza tener presente che proprio la figura dell'ente pubblico sarebbe – anche sulla base delle risultanze alle quali è pervenuto il ragionamento condotto nel paragrafo precedente – "scomposta" e frammentata a tal punto che si tratterebbe di un "*istituto proteiforme, le cui frontiere sono imprecise e le cui classificazioni sono multiple e imperfette*", o, addirittura, che "*non è neppure un istituto, ma la somma di un insieme di istituti*"<sup>385</sup>. Pertanto, sarebbe improprio interrogarsi sulla natura dell'ente, dovendosi piuttosto verificare quali norme "orizzontalmente" riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati.

In altri termini, si propone di costruire un regime confacente all'identità organizzativa e funzionale della fattispecie osservata in via interpretativa, con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici o, per l'appunto, funzionali. Ciò imporrebbe di valutare, regola per regola, a

---

<sup>384</sup> Tra i primi a farsi portavoce di questo orientamento, nella dottrina pubblicistica, NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss. *Contra* ROMAGNOLI G., *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, 473 ss., il quale, a tal proposito, rileva che "*per quanto la tesi prospettata muova da una condivisibile critica alla tendenza alla "riqualificazione", non pare persuasiva quanto meno perché l'argomentazione in termini di interesse pubblico all'attività non supera un dato dell'esperienza legislativa. L'ordinamento, se non mi inganno, prevede alternative alla procedura concorsuale basate ora in ragione dell'attività specifica esercitata da un soggetto anche privato ora, come nel caso del codice civile, in ragione della sua natura (art. 2221 c.c.). Dunque, a prescindere dal fatto che normalmente le convenzioni d'affidamento d'un servizio contemplano l'insolvenza od il disavanzo come causa di decadenza, risulta oltremodo arduo superare il silenzio del legislatore. Conseguentemente quell'interesse pubblico alla continuazione dell'attività potrà essere riconosciuto rilevante nei limiti in cui emerga dall'esegesi dei documenti normativi, senza alcuna possibilità, altrimenti, d'assurgere a strumento di giustificazione d'un mutamento sia delle regole organizzative che di quelle destinate a disciplinare la patologia dell'impresa*".

<sup>385</sup> Così CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 85 ss.

seconda della sua *ratio*, se ed in quale misura debba applicarsi al soggetto in questione; andrebbe, in sostanza, operata un'applicazione “a scacchi” della normativa pubblicistica e privatistica.

Venendo, partitamente, alle società pubbliche, si dovrebbe, anche in tal caso, individuare la concreta disciplina applicabile all'esito di una valutazione di compatibilità della disciplina dettata per le società di diritto privato con le specifiche normative (pubblicistiche) di settore in quanto sarebbe ben possibile che la stessa società a partecipazione pubblica sia, contemporaneamente, sottoposta alla disciplina pubblicistica, per taluni profili della propria attività d'impresa, ed alla disciplina privatistica, per altri.

Più nello specifico, quando si tratti di valutare la fallibilità di una società in mano pubblica, occorrerebbe, secondo le pronunce di merito che hanno fatto applicazione di questo indirizzo interpretativo<sup>386</sup>, procedere verificando se ricorrano, nel caso concreto, quelle ragioni che integrano il fondamento dell'esonero degli enti pubblici dalle procedure concorsuali. Se, come detto, si vuole evitare che attraverso la soggezione alla procedura fallimentare, con il suo carattere di esecuzione generale e il suo fine di tutela delle ragioni dei creditori, la continuità dell'attività, *rectius* della funzione, svolta dall'ente pubblico possa venir compromessa, è giocoforza concludere che anche le società in discorso potrebbero venir escluse dal fallimento ove affidatarie della gestione di un servizio pubblico locale; al contrario, ove un simile pregiudizio non sussista, nulla osterebbe alla declaratoria di fallimento<sup>387</sup>.

Il passaggio successivo della tesi interpretativa esaminata consiste, evidentemente, nell'enucleare l'elemento discrezionale che consenta di operare una distinzione tra le società a

---

<sup>386</sup> Si segnalano – sebbene in molti casi si faccia un'applicazione congiunta anche del metodo tipologico-pubblicistico – tra le pronunce rientranti nel filone c.d. funzionale basato sul carattere necessario della società c.d. pubblica: App. Torino, sez. I, decr., 15 febbraio 2010, *cit.*; Trib. Catania, 26 marzo 2010, *cit.*; Trib. Foggia, sez. fer., 1 settembre 2011, in *RDS*, 2014, 239 ss. con nota di MONTONATO L., *Ammissibilità alla procedura di amministrazione straordinaria di una società totalmente partecipata esercente un servizio pubblico essenziale*; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, *cit.*; Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2014, 462 ss., con nota di PAGANO G., *Società in house e ammissione delle stesse alle procedure concorsuali*.

<sup>387</sup> Secondo IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, *cit.*, 518-519, invocare in questo caso il criterio funzionale equivale a sostenere l'applicazione analogica, alle società ritenute “necessarie”, di cui si dirà *infra* nel testo, dell'esenzione dal fallimento disposta per gli enti pubblici: “*se è così, andrebbero dimostrate sia la non eccezionalità della norma che dovrebbe estendersi per analogia sia, prima ancora, l'esistenza di una lacuna normativa relativamente alle società a partecipazione pubblica; dimostrazione che non si dà e che probabilmente non è agevole dare. Come sappiamo, infatti, l'art. 1 della legge fallimentare è stato modificato nell'ambito della riforma del 2006-2007, in un'epoca in cui il proliferare degli affidamenti di servizi pubblici a società a partecipazione pubblica non era certo ignoto al legislatore, sicché il mantenimento dell'esenzione per i soli enti pubblici – in un enunciato, per di più, sul quale il legislatore interveniva espungendo il riferimento ai piccoli imprenditori – potrebbe essere espressivo di una scelta e non di una dimenticanza*”.

partecipazione pubblica il cui fallimento non leda l'interesse pubblico ora evidenziato e quelle per le quali una siffatta lesione sarebbe, per dir così, *in re ipsa*.

A tal uopo, si è ritenuto<sup>388</sup> di mutuare uno degli indici rivelatori della pubblicità di un ente, in particolare quello della “necessità”, ammettendosi che vi sarebbero delle situazioni nelle quali l'ente territoriale potrebbe considerare necessaria, in un dato momento storico, l'esistenza e l'operatività non solo di un ente pubblico, ma, finanche, di una società, formalmente privata, alla quale il primo partecipi, in modo prevalente o totalitario, e alla quale abbia affidato la gestione di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi.

Viene, d'altro canto, sottolineato che il carattere necessario riguarderebbe non tanto il determinato soggetto o ente che svolge il servizio pubblico ad esso assegnato, quanto il servizio medesimo; nonostante questa opportuna riflessione, si argomenta, però, che dal carattere necessario del servizio si potrebbe passare al carattere necessario, sia pure in via temporanea, dell'ente che in quel momento lo gestisce, essendo la sua operatività, comunque, essenziale all'ente territoriale, almeno fino a quando quest'ultimo non ne provveda alla sostituzione<sup>389</sup>.

In definitiva, la conclusione alla quale si perviene profila una “oggettiva incompatibilità” tra l'assoggettamento a procedura fallimentare di una società in mano pubblica c.d. necessaria e la tutela degli interessi pubblici, tra i quali rientrerebbe, a pieno titolo, proprio quello alla prestazione del servizio pubblico in modo regolare e senza interruzioni.

---

<sup>388</sup> Nella dottrina giuscommerciale, tra i principali fautori dell'approccio funzionale fondato sul carattere necessario della società in mano pubblica: D'ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica*, in SANDULLI M. (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento. Le procedure concorsuali: dalla piccola impresa al consumatore*, cit., 118 ss. (dalle quali si cita nel testo); ID., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., 719 ss.; ID., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit., 699; ID., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 2014, 493 ss.; ID., *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in JORIO A., SASSANI B. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali. I. Introduzione generale. Il fallimento*, Milano, 2014, 307 ss.; v. pure ARATO M., *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013, 42 ss.

<sup>389</sup> Sottolinea D'ATTORRE G. in modo sostanzialmente analogo nei diversi contributi citati alla nota precedente (cfr., p.e., D'ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica*, in SANDULLI M. (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento. Le procedure concorsuali: dalla piccola impresa al consumatore*, cit., 120-121) che “il carattere necessario non è smentito dalla circostanza che, salvo diversa previsione della legge istitutiva, lo scioglimento è disciplinato secondo le norme ordinarie dettate dal codice civile e può, quindi, essere conseguenza di una scelta volontaria della società attuata mediante delibera assembleare (art. 2484, co. 1, n. 6, c.c.). Quando l'intera partecipazione sociale è di titolarità dell'ente pubblico, la delibera assembleare di scioglimento rappresenta appunto la manifestazione esterna del venir meno del carattere necessario della società per l'ente pubblico. Ma ciò non toglie che, fino a quando la delibera di scioglimento non vi sia stata, la società mantiene il suo carattere necessario”. Invero, simili affermazioni risulterebbero, a parere di chi scrive, in patente contrasto con quello che l'A. (ROSSI GIAMP., *Gli enti pubblici*, cit., spec. 268, dalla quale si cita) che ha “coniato” il carattere necessario quale indice rivelatore della pubblicità di un ente considera come un “corollario del carattere necessario degli enti pubblici”, ovvero l'impossibilità di autoscioglimento.

Lo spossamento del debitore e la conseguente cessazione dell'attività d'impresa, quali effetti immediati della dichiarazione di fallimento (*ex art. 42 l. fall.*) potrebbero, infatti, pregiudicare la continuità del servizio; né, al tal fine, potrebbero utilizzarsi l'esercizio provvisorio dell'impresa previsto dall'art. 104 l. fall. né l'affitto dell'azienda (*ex art. 104-bis l. fall.*) in quanto, sempre secondo la prospettiva del metodo funzionale basato sul carattere necessario della società pubblica<sup>390</sup>, si verificherebbe “una inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere tipicamente pubblicistico, quali la decisione in ordine alla continuità o meno nella gestione di un servizio pubblico essenziale, in ordine al controllo sul soggetto che è investito della funzione e, addirittura, in ordine alla sua sostituzione con un terzo soggetto”; adombrandosi, finanche, “una situazione di dubbia compatibilità con i principi costituzionali che regolano l'agire amministrativo e, in particolare, con la riserva in favore degli enti pubblici della titolarità delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost.”.

Sebbene possa apparire singolare stante l'obiettivo di tutela della continuità del servizio pubblico che questa opinione si propone di perseguire, gli argomenti appena enucleati non sembrano a tal punto persuasivi (ma v. *infra* cap. III). Innanzitutto, ancorare la distinzione tra società in mano pubblica c.d. necessaria e società in mano pubblica che non presenti tale carattere all'affidamento della gestione di un servizio pubblico essenziale crea, probabilmente, maggiori difficoltà interpretative di quante non ne risolva.

Si è già rilevato a proposito dell'indagine circa il rilievo della continuità nell'ambito del contratto di utenza<sup>391</sup> che buona parte dei servizi pubblici locali di interesse economico generale potrebbero essere annoverati tra i servizi pubblici essenziali di cui alla legge 12 giugno 1990, n. 146 né, al fine della perimetrazione di quest'ultima nozione, potrebbe ritenersi decisivo, o comunque utile, il riferimento alla previsione contenuta all'art. 27, co. 2, lett. b-bis), del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (recentemente introdotta dal d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in l. n. 27 novembre 2008, n. 166, c.d. decreto Alitalia), la quale, novellando la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, ha previsto un'opzione speciale proprio per le “società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali”<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> Il riferimento è sempre a D'ATTORRE G., *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in JORIO A., SASSANI B. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 321-322, dalle quali si cita.

<sup>391</sup> V. *sub* nota 137. Sulla delimitazione della nozione di “servizio pubblico essenziale” alla luce della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e dell'amministrazione straordinaria speciale v. FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento*, cit., 554 ss., il quale, pure, rileva i problemi definatori di cui si dà conto nel testo.

<sup>392</sup> Infatti, D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., 724-725, nell'ottica di una più ampia proposta, *de iure condendo*, di introduzione di una “procedura concorsuale speciale che, sul modello delle procedure

Per potersi discorrere di servizio pubblico essenziale – riprendendo, sul punto, alcune considerazioni già svolte – si dovrebbe essere in presenza di servizi la cui mancata fruizione potrebbe arrecare grave nocumento al cittadino, impedendogli vuoi la libera circolazione, vuoi lo spostamento dal luogo di residenza, vuoi la fruizione di servizi indispensabili alla vita quotidiana e/o alla migliore cura della salute. Si pensi, ad esempio, al settore dei trasporti: il servizio, se considerato oggettivamente, è essenziale, però una tale qualifica verrebbe a mancare nell'ipotesi in cui nella stessa area operino altri vettori che possano offrire un analogo servizio.

Ebbene, proprio il catalogo delle società, finora, ammesse alla procedura di amministrazione speciale certifica che si tratta di soggetti<sup>393</sup> esercenti attività di trasporto aereo e marittimo, per la massima parte, in aree già servite da altri vettori e solo per una parte residuale – per garantire la c.d. continuità territoriale – quale unico operatore<sup>394</sup>, rendendo davvero poco nitido il carattere essenziale del servizio pubblico.

Va dato conto, inoltre, dell'esistenza, in una pronuncia di merito<sup>395</sup>, di un diverso criterio che farebbe leva, a quanto pare, sulla circostanza che la società, segnatamente, *in house providing* agisca nel “libero mercato” in presenza di imprese terze in grado di “*subentrare prontamente*” al verificarsi della sua crisi, dovendosi, per l'effetto, escludere l'essenzialità del servizio; quest'ultimo attributo potrebbe, invece, riscontrarsi nella diversa ipotesi in cui il servizio sia svolto

---

*amministrative, consenta di raggiungere il punto di equilibrio tra tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'insolvenza*” ritiene che “*un primo, timido passo in questa direzione*” sia stato compiuto proprio dal citato decreto Alitalia che - letto con le lenti dell'approccio funzionale - consentirebbe alle “*società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, purché abbiano i requisiti dimensionali prescritti*” di “*accedere all'amministrazione straordinaria speciale ex legge Marzano*”; al contrario, sempre secondo l'A., l'adesione all'impostazione tipologico-pubblicistica avrebbe l'effetto di escludere l'assoggettabilità della società in mano pubblica alla amministrazione straordinaria speciale ai sensi della legge citata.

In realtà, queste conclusioni darebbero vita, come rilevato da Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, cit., ad un sistema privo di coerenza che “*esonera dalla procedura concorsuale ordinaria i gestori di servizi pubblici essenziali che non raggiungono le soglie dimensionali necessarie per accedere a quella di amministrazione straordinaria*”, ma, in punto, v. *infra sub* § 4.

<sup>393</sup> Il riferimento è, naturalmente, ai noti casi: Alitalia, Tirrenia di navigazione S.p.A. e Siremar S.p.A., quest'ultima perché facente parte del Gruppo Tirrenia.

<sup>394</sup> Rileva, in dottrina, tale profilo critico, altresì, SANTARONI M., *L'amministrazione straordinaria. Requisiti soggettivi e parametri dimensionali*, in GHIA L., PICCININNI C., SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle Procedure concorsuali. V. L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, Padova, 2011, 101 ss., spec. 120.

<sup>395</sup> V. Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, cit.; diversamente in Trib. Foggia, sez. fer., 1 settembre 2011, cit., si legge che “*la «necessità» o «essenzialità» del servizio, in quanto destinato al soddisfacimento di interessi collettivi, non sarà mai indeterminata, né troppo «ampia» o troppo «ristretta»: quando si parla di enti territoriali è di facile identificazione il servizio pubblico «essenziale», coincidente con l'attività diretta allo svolgimento di un servizio pubblico di «carattere sociale» e di «natura primaria ed inderogabile»*” (virgolettati nella sentenza): in questo caso saremmo ben lungi da un vero e proprio criterio di identificazione del carattere essenziale del servizio pubblico, ma, piuttosto, al cospetto di un generico riferimento ai connotati caratterizzanti il servizio pubblico locale (di interesse economico generale).

*“esclusivamente dalla società attraverso la quale l’ente locale assolve al proprio compito istituzionale di assicurare il soddisfacimento di un bisogno essenziale della collettività, e dunque non vi sia alcun altro soggetto (non importa se pubblico o privato) avente titolo giuridico e mezzi finanziari per esercitarlo”.*

Pur volendo tralasciare l’agevole rilievo che la società domestica è, per definizione, collocata al di fuori del mercato, essendo affidataria in via diretta di un servizio pubblico locale che, altrimenti, non verrebbe prestato da altri soggetti (si vedano, in punto, le riflessioni svolte *supra* a proposito della concorrenza *per* il mercato), s’appalesa la difficoltà – anche applicando questo secondo parametro (solo parzialmente difforme dal primo) – di superare l’aporìa alla quale dà luogo il portato speculativo dell’approccio funzionale basato sul carattere necessario della società pubblica.

È appena il caso di notare che dal carattere necessario o essenziale del servizio – già di per sé, secondo quanto sin qui rilevato, non facilmente identificabile – non possa inferirsi il carattere necessario della società o dell’ente affidatario della gestione del servizio; così ragionando si arriverebbe, come la dottrina<sup>396</sup> e la giurisprudenza<sup>397</sup> che abbracciano la tesi tipologico-privatistica hanno, unanimemente, rilevato, all’assurdo di considerare non fallibili anche società ad azionariato (totalmente o prevalentemente) privato<sup>398</sup>.

---

<sup>396</sup> Cfr., tra gli altri, SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in FORTUNATO S., GIANNELLI G., GUERRERA F. e PERRINO M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo*, cit., 545; FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento*, cit., 546; IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit., 520-521; VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 182, la quale fa parola di una *“evidente inversione logica, scambiando la necessità che l’ente pubblico sia titolare di un servizio pubblico essenziale con l’accidentale (e niente affatto necessaria) esistenza di un soggetto giuridico concessionario per la gestione del servizio stesso”*. Va osservato che, anche, NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?*, cit., 824-825, ritiene che pure i privati esercenti funzioni o servizi pubblici dovrebbero essere sottratti alle procedure fallimentari, sebbene *“per il tempo necessario alla sostituzione o, al massimo, per la durata della missione conferita dai pubblici poteri”*.

<sup>397</sup> Si vedano, *ex multis*, Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, cit., e App. Napoli, 27 ottobre 2015, n. 214, cit.

<sup>398</sup> È lo stesso D’ATTORRE G., *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in JORIO A., SASSANI B. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali. I. Introduzione generale. Il fallimento*, cit., 330, ad ammettere che *“se per le società a partecipazione pubblica, in presenza di taluni indici sintomatici, è possibile individuare una sostanza pubblica, al di là della privata, così potendo procedere ad una interpretazione estensiva dell’esenzione da fallimento prevista dall’art. 1, co. 1, l. fall. per gli «enti pubblici» (ma, sia consentito osservare, questo non sarebbe un’esplicita applicazione del metodo tipologico-pubblicistico, criticato dai fautori dell’approccio funzionale?), analoga conclusione non è possibile raggiungere per le società private nelle quali questi indici sintomatici mancano. Un’interpretazione finalistica della norma non può tradursi in un’interpretazione contra legem, che vada contro l’espressa previsione legislativa; norma che limita l’esenzione ai soli enti che presentino indici soggettivi di pubblicità e che, in quanto tali, rimangono soggetti a vincoli e controlli propri dei soggetti pubblici, limiti e vincoli che, invece, non operano per le società interamente private”*.

Si disvela, a questo punto, l'equivoco di fondo nel quale la tesi avversa cadrebbe: la società a controllo o a partecipazione pubblica non è mai *titolare* del servizio pubblico<sup>399</sup>, essenziale o meno che sia, ma, per il tramite del contratto di servizio stipulato con l'ente locale, ne diviene mero *affidatario*<sup>400</sup>; ciò, giova ribadirlo, troverebbe conferma proprio nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale nel quale, a chiare lettere, si distingue(va) tra la “*assunzione del servizio*” (art. 5), ovvero “*l'individuazione ... delle attività di produzione di beni e di servizi di interesse economico generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali*” (corsivo di chi scrive), e le “*modalità di gestione del servizio*” (art. 7), le quali potrebbero spaziare dall'affidamento mediante gara pubblica a quello in via diretta a società *in house providing*.

Una simile distinzione reca con sé delle ricadute di ordine pratico di non poco momento: l'ente locale avrà cura di prevedere, nello strumento contrattuale di affidamento del servizio, l'obbligo della continuità<sup>401</sup> e “*in caso di grave e ripetuta*” (v. art. 21, co. 3, lett. h), schema di T.u. servizi pubblici locali di interesse economico generale) violazione di tale obbligo, come potrebbe accadere ove si verifici la crisi o l'insolvenza dell'affidatario, procedere alla risoluzione del contratto di servizio medesimo cui potrebbe seguire il successivo affidamento ad un diverso gestore.

Certamente, come si avrà modo di notare soprattutto nel capitolo conclusivo della ricerca, potrebbero verificarsi situazioni nelle quali si ritiene maggiormente proficuo conservare in vita la società di autoproduzione o anche a partecipazione mista pubblico-privata costituita dall'ente locale e, come si cercherà di dimostrare, ben potrebbero essere, a tal fine, utilizzati proprio gli strumenti endofallimentari (l'esercizio provvisorio dell'impresa) e concordatari (specialmente, il concordato con continuità aziendale *ex art. 186-bis l. fall.*) predisposti dalla disciplina di diritto fallimentare. Viceversa, l'ente locale controllante o partecipante potrebbe optare per la sostituzione, nella

---

<sup>399</sup> Testualmente, D'ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica*, in SANDULLI M. (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento. Le procedure concorsuali: dalla piccola impresa al consumatore*, cit., 118, fa parola di “*società, formalmente privata, alla quale (l'ente pubblico) partecipa in modo prevalente o totalitario e alla quale abbia affidato la titolarità di determinati servizi pubblici essenziali*” (corsivo di chi scrive).

<sup>400</sup> Così SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 307 ss., ivi 320: “*la società gestore del servizio pubblico non è titolare del servizio – al contrario dell'ente pubblico – ma il differente soggetto appositamente creato come modalità organizzativa di gestione dello stesso: quindi il fallimento non determina l'ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività dell'ente pubblico, che rimarrà l'esclusivo titolare del potere di organizzare il servizio, ma solo la sottoposizione del differente soggetto, il gestore insolvente, alle conseguenze previste dall'ordinamento per l'imprenditore commerciale che versi in tale situazione*”.

<sup>401</sup> Si rammenta la lett. i) dell'art. 21, co. 3, schema di T.u. servizi pubblici locali di interesse economico generale che, tra le previsioni del contratto di servizio, contempla(va): “*idonee garanzie finanziarie e assicurative nonché misure a garanzia della continuità del servizio*”.

gestione del servizio, della società decotta in vista di una più compiuta tutela dell'interesse generale alla continuità del servizio, evitando, per tale via, la "indebita" sostituzione dell'autorità giudiziaria nell'esercizio di funzioni amministrative.

A tal proposito, nel caso in cui non ricorrano le predette esigenze di conservazione dell'organismo produttivo, l'asserita incompatibilità tra il fallimento della società in mano pubblica "necessaria" con l'interesse alla gestione del servizio pubblico (locale) senza interruzioni potrebbe comportare la permanenza in vita di una società, quella necessaria, che resterebbe esposta alle azioni esecutive individuali e, dunque, ad uno smembramento del patrimonio aziendale che comprometterebbe, per l'appunto, la gestione efficiente, *rectius* regolare, del servizio<sup>402</sup>.

Ma, probabilmente, è proprio per prevenire quest'obiezione che si ammette, da parte del principale esponente del metodo funzionale fondato sul carattere necessario della società in mano pubblica<sup>403</sup>, il possibile ricorso al concordato preventivo, partitamente quello con continuità aziendale. Si ritiene, infatti, che una definizione concordataria della pregressa esposizione debitoria, garantendo il divieto di azioni esecutive individuali e la continuazione, a determinati requisiti, dei contratti pubblici, possa meglio tutelare l'interesse pubblico alla continuità della gestione del servizio essenziale, apparendo, anzi, "*singolare che proprio le società in mano pubblica, per le quali più sentita è la necessità di garantire, almeno in via provvisoria, la prosecuzione dell'attività, evitandone brusche interruzioni, siano private di tali possibilità che il legislatore offre per tutte le imprese commerciali*".

*Prima facie*, tale conclusione potrebbe ritenersi pure conforme all'impostazione funzionale che, come detto in apertura, selezionerebbe le norme applicabili a seconda dell'interesse tutelato e della finalità da perseguire<sup>404</sup>, resta, però, insuperabile il dato normativo costituito dall'art. 1, co. 1, l. fall. che identifica, sotto il profilo del presupposto soggettivo, le procedure del fallimento e del concordato preventivo. L'adesione all'approccio funzionale condurrebbe, insomma, a soluzioni opposte per le due procedure, accentuando, come lo stesso Autore prima citato è costretto ad

---

<sup>402</sup> Mette in luce questa evenienza SORCIE., *op. loc. ult. cit.*

<sup>403</sup> Cfr. D'ATTORRE G., *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in JORIO A., SASSANI B. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 333-334, ma v. già ID., *Il concordato preventivo delle società in mano pubblica*, cit., 880-881.

<sup>404</sup> Per tale ragione, appare contraddittoria la posizione di ARATO M., *Il concordato preventivo con riserva*, cit., 48-49, il quale, pur sposando l'approccio funzionale, perviene a negare l'assoggettabilità a concordato preventivo trattandosi di "*posizione non condivisibile, atteso che essa sovverte l'impianto legislativo di cui all'art. 1 l. fall., il quale è chiaro nello stabilire che gli "enti pubblici" (e, quindi, le "società pubbliche" qualificabili alla stregua di enti pubblici) non possono essere assoggettati né al fallimento né al concordato preventivo*".



ammettere<sup>405</sup>, un profilo di “privilegio” a favore delle società in mano pubblica necessarie<sup>406</sup> che, però, non sarebbe, neppure, previsto per gli enti pubblici alla cui disciplina, evidentemente, ci si ispira.

La contraddizione potrebbe trovare composizione ove si ritenga di accedere ad una diversa lettura, più diffusamente illustrata nel prosieguo, che, capovolgendo la prospettiva privilegiata dall’approccio funzionale, ritenga di ammettere al concordato preventivo, le società in mano pubblica, anche “necessarie”, in quanto considerate assoggettabili, pure, al fallimento.

### **3. L’assenza del carattere commerciale dell’attività esercitata dalle società “in pubblico comando” come motivo di esenzione dal fallimento. Critica.**

A conclusione del resoconto dei diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali stratificatisi in punto di fallibilità delle società in mano pubblica, resta da esaminare un nucleo, alquanto ristretto, di pronunce<sup>407</sup> che, ravvisando l’assenza del carattere commerciale dell’attività esercitata, hanno negato l’assoggettamento delle predette società alle procedure concorsuali.

Occorre, da subito, notare come queste decisioni pur dichiarando, esplicitamente<sup>408</sup>, di superare sia l’approccio utilizzato dal filone tipologico-pubblicistico sia quello fatto proprio dal metodo

---

<sup>405</sup> Né potrebbe procrastinarsi, come sostiene D’ATTORRE G., *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in JORIO A., SASSANI B. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 334, la verifica della “tenuta” di una simile conclusione al momento in cui “la riflessione sul novellato concordato preventivo, soprattutto con riferimento a quello «in continuità», avrà raggiunto un maggior grado di approfondimento e «sedimentazione»”.

<sup>406</sup> In giurisprudenza, pur sperimentando l’applicabilità dell’approccio funzionale, formula questa osservazione Trib. Teramo, 24 ottobre 2014, in *Dir. fall.*, 2015, 300 ss., con nota di DI FABIO M., *Sull’assoggettabilità a procedure concorsuali delle società in house providing*, e in *Riv. dir. comm.*, 2016, 143 ss., con nota di CICCHINELLI S., *Concordato preventivo e società in mano pubblica*.

<sup>407</sup> Si tratta, più nel dettaglio, di Trib. Foggia, sez. fer., 1 settembre 2011, *cit.*; Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, n. 99, *cit.*, e Trib. Palermo, 18 giugno 2013, *cit.*, ambedue oggetto di commento da parte di PIZZA P., *Società a partecipazione pubblica e fallimento. Nuovi argomenti a favore della non fallibilità?*, in *ilfallimentarista.it*; ma v., soprattutto, Trib. Avezzano, sez. fall., 26 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*, nella quale l’orientamento che occupa viene compiutamente elaborato e che, pertanto, in assenza di una diversa indicazione, sarà quella che si prenderà come riferimento nel testo.

<sup>408</sup> Infatti, si legge, testualmente, in Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, *cit.*, (analogamente cfr. Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, n. 99, *cit.*) che “*deve sin d’ora precisarsi che l’approccio da dover adattare nella fattispecie non involge la questione giuridica - come detto, più propriamente appartenente al diritto amministrativo - dell’astratta qualificabilità di un soggetto formalmente riconducibile ad un tipo contrattuale privatistico (id est, società per azioni) come ente sostanzialmente pubblico ... quanto piuttosto quella, strettamente appartenente al diritto fallimentare, involgente la circostanza che un soggetto formalmente privato possa, solo per questo, ritenersi impresa commerciale*”; a proposito, invece, del metodo funzionale si osserva che “*una tendenziale linea di sovrapposibilità tra le due letture (metodo tipologico-privatistico e approccio funzionale, nda) si rinviene, laddove, adottandosi l’equazione società di capitali = automatica fallibilità, anche il solo tempo necessario all’ente per riassegnare il servizio rischia di ribaltare sui creditori, per il tramite degli organi fallimentari, oneri in prededuzione non recuperabili: cosa che, invece, non*

funzionale, ne condividono, invece, diversi aspetti: ci si riferisce, in special modo, al tentativo – per vero, velleitario – di mutuare gli indici sintomatici rivelatori della natura di organismo pubblico di un ente, anche formalmente privato, per farli assurgere ad autonoma rilevanza nel diritto fallimentare; sulla scorta di questi, si preferisce, in luogo dell’indagine sulla (reale) natura privata o pubblica dell’ente, andare a verificare se quest’ultimo, in concreto, possa, ancor prima, definirsi come “impresa commerciale”. Ciò, si asserisce, troverebbe un addentellato normativo nell’art. 1, co. 1, l.fall. che richiederebbe, ai fini dell’applicabilità del regime ivi previsto, non solo formalmente la qualifica di “imprenditore”, ma, altresì, l’esercizio di una “attività commerciale”.

In particolare, militerebbero a favore dell’esclusione del carattere commerciale dell’attività esercitata dalla società in mano pubblica i seguenti indizi: l’affidamento in via diretta del servizio, l’ambito territorialmente delimitato (dall’ente controllante) di svolgimento dell’attività, l’assoggettamento a poteri di controllo analogo a quelli esercitati dall’ente sui propri servizi integranti “*un controllo di gestione estraneo ai poteri civilistici riconosciuti ai soci*”, l’eterodeterminazione del regime tariffario tale da consentire “*nelle migliori delle ipotesi condizioni di sostanziale pareggio, restando l’eventuale distribuzione degli utili ipotesi del tutto residuale e, comunque, recessiva rispetto agli investimenti strutturali*”<sup>409</sup>. La sussistenza delle circostanze così

---

*necessariamente si verifica nelle società commerciali, laddove il lucro è connesso alla svolgimento delle attività e il passaggio di mano dall'imprenditore al curatore non di rado innesta un percorso virtuoso in grado di espletare un periodo d'esercizio provvisorio in attivo. Resta, in definitiva, preferibile una lettura più cauta dell'articolato impianto normativo alquanto confuso in tema di servizi pubblici essenziali, dovendosi prediligere l'assenza del requisito dell'attività commerciale in quelle società, pur formalmente di capitali, in cui non v'è concreto esercizio commerciale”.* In dottrina, in senso conforme a quanto sostenuto nel testo: IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit., 521-522, mentre VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 173, considera, forse non completamente a torto, quella in esame “*una variante della tesi tipologica, che mira al medesimo risultato di riqualificare in senso sostanzialmente pubblicistico le società pubbliche e quelle in house in particolare per sottrarle al fallimento*”.

<sup>409</sup> Questo punto costituisce oggetto di ampio sviluppo nelle diverse sentenze che appartengono all’indirizzo in esame. Esemplificativamente, si rileva in Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, cit., che “*l’attività di gestione del servizio idrico è stata in concreto ispirata ai principi di «efficienza, efficacia ed economicità», i quali non sono le finalità tipicamente proprie delle imprese commerciali quanto piuttosto, più propriamente, gli ordinari criteri di gestione dell’agere amministrativo previsti dall’art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e ciò in ragione proprio del fatto che, in realtà, le esigenze cui il ricorrente è sempre stato diretto a soddisfare avevano ed hanno carattere generale ed essenziale e non già, viceversa, meramente commerciale ... la diversità ontologica tra la gestione del servizio attuata dal ... secondo metodo economico, astrattamente diretta alla copertura dei costi, rispetto a quella tipicamente commerciale finalisticamente orientata, viceversa, non solo alla mera remunerazione del capitale sociale. Si vuole in sostanza affermare l’assenza, nella gestione concretamente attuata dal ricorrente, di un indirizzo gestionale autonomamente diretto alla realizzazione di uno scopo di vero e proprio lucro*” (virgolettato e corsivo in sentenza). Fa leva sull’assenza dello scopo lucrativo pure Trib. Foggia, sez. fer., 1 settembre 2011, cit., nella quale si afferma che “*l’intento rivolto al conseguimento ed alla distribuzione di un utile tra i soci*” è “*evidentemente inesistente quando per espressa previsione statutaria, ovvero per prassi la società non si prefigga di distribuire gli utili e non avverte, perciò, la «pressione» degli*

enucleate avrebbe l'effetto di escludere la possibilità, per la società pubblica, di operare “*in un ambiente e secondo logiche concorrenziali (e) economicamente sfruttabili tipiche di chi svolge attività d'impresa*”.

Secondo quanto già osservato (*supra*, § 1), l'accertamento relativo all'operatività nell'ambito di un mercato concorrenziale comporta che nel caso in cui l'ente vi si collochi al di fuori, *rectius* persegue finalità “*aventi carattere non industriale o commerciale*”, debba essere assoggettato, quando affidi la produzione di beni o di servizi a terzi, alla regola dell'evidenza pubblica in quanto organismo di diritto pubblico. Gli è, però, che una siffatta qualificazione, avente, ormai notoriamente, un'applicazione settorialmente limitata, è stata posta a fondamento di un'altra decisione<sup>410</sup> (sempre annoverabile nell'indirizzo in commento) che, riscontrando la mancanza di un'attività imprenditoriale svolta nei confronti di terzi, è giunta ad escludere la natura di imprenditore commerciale dell'ente oggetto di scrutinio.

Risulterebbe, certamente, ridondante ripetere le considerazioni che sono state già svolte (*sub* § 1) circa la non divisibilità del ricorso, per escludere l'applicazione della disciplina concorsuale, ad una nozione sostanziale di pubblica amministrazione, segnatamente a quella, proprio di matrice comunitaria, di organismo di diritto pubblico<sup>411</sup>; non è, però, possibile esimersi dal constatare che nella pronuncia appena citata se ne fa un utilizzo del tutto nuovo: dalla materia dei contratti pubblici la si “esporta” per ricavarne l'assenza della commercialità, prendendo atto del mancato svolgimento dell'attività nei confronti di terze economie. Più precisamente, l'operare dell'ente in un ambiente carente del confronto competitivo determinerebbe il perseguimento di fini non commerciali ed industriali, *ergo* l'ente svolgerebbe un'attività non commerciale<sup>412</sup>.

---

*azionisti o quando, pur avendo questo scopo, può fruire di risorse esterne provenienti dall'amministrazione, e cioè quando «non sconta un vero e proprio rischio di impresa nella sua azione quotidiana»* (virgolettati nella pronuncia).

<sup>410</sup> Si tratta di Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, n. 99, *cit.* Come già rilevato, lo stesso organo giudicante (Trib. Palermo, 18 giugno 2013, *cit.*) ha, poco tempo dopo, disatteso la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico, escludendo, in ogni caso, la natura di imprenditore commerciale sempre sulla base della constatazione del carattere di esclusività dell'attività svolta in favore dell'ente controllante.

<sup>411</sup> Sarebbe, altresì, ultroneo ribadire la conciliabilità tra la nozione di organismo di diritto pubblico (o, comunque, tra qualificazione come ente che persegue fini di carattere non commerciale o industriale) e lo svolgimento di un'attività commerciale: l'istituto di conio comunitario, nel momento in cui fa riferimento al perseguimento di interessi di carattere non commerciale o industriale, parrebbe non escludere, anzi assorbire dentro di sé anche enti che svolgono un'attività senz'altro qualificabile come commerciale (basti porre mente, in punto, alla discussa ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*).

<sup>412</sup> PIZZA P., *Società a partecipazione pubblica e fallimento. Nuovi argomenti a favore della non fallibilità?*, *cit.*, individua nel ragionamento delle due pronunce dei giudici palermitani il seguente sillogismo: “*a) se un ente svolge un'attività in condizioni non concorrenziali, allora l'ente persegue fini non commerciali o industriali; b) se un ente persegue fini non commerciali o industriali, allora l'ente svolge attività non commerciale; c) pertanto, se l'ente svolge un'attività in condizioni non concorrenziali, allora l'ente svolge un'attività non commerciale*”.

Invero, anche la sentenza alla quale si è inizialmente fatto riferimento utilizzerebbe quest'argomento arricchendolo, però, di una diversa coloritura: l'attività non potrebbe qualificarsi lucrativa (anziché non commerciale) atteso che l'unico soggetto operante nel mercato di riferimento sarebbe "costretto" a gestire il servizio con tariffe predeterminate dall'ente locale le quali, tutt'al più, consentirebbero la copertura dei costi.

Ora, le due conclusioni, benché presentino un assunto comune (l'assenza della concorrenza nel mercato nel quale gli enti agiscono), necessitano, tuttavia, di essere analizzate separatamente. Innanzitutto, l'affermazione che un soggetto, in quanto operante in via esclusiva in un determinato mercato, debba, per ciò stesso, perseguire fini generali svolgendo, conseguentemente, un'attività non commerciale appare agevolmente attaccabile sol che si consideri l'identica posizione nella quale viene a trovarsi l'imprenditore in regime di monopolio.

Non a caso, in diverse disposizioni, disseminate nell'ordinamento, alla condizione di monopolio o al monopolista si trova sempre affiancato il riferimento all'impresa: alcune di queste sono state già oggetto di disamina – partitamente, l'art. 43 Cost. che consente l'esproprio a favore dello Stato, enti pubblici o categorie di lavoratori o di utenti di *"imprese o categorie di imprese che si riferiscano ... a situazioni di monopolio"* e l'art. 8, co. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, nella parte in cui esclude l'applicabilità delle norme di cui al Titolo I *"per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati"* alle *"imprese che, per disposizioni di legge, operano in regime di monopolio sul mercato"* –, ma altre, a ragione, potrebbero essere richiamate (su tutte, gli artt. 1679 e 2597 c.c.<sup>413</sup>). Ne consegue che, nella visione dello stesso legislatore, il perfezionarsi della fattispecie impresa non richiede il concreto operare in un regime pro-selettivo<sup>414</sup>.

Chiarito che il soggetto – benché operante in regime di esclusiva – svolge, comunque, attività d'impresa, è possibile proseguire nell'indagine del tipo di attività, per l'appunto, esercitata rilevandosi, in merito, che nelle diverse decisioni, rientranti nell'orientamento che occupa, le società

---

<sup>413</sup> Ci si riferisce, evidentemente, all'abbrivio dell'art. 2597 c.c. (*"chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale"*), norma di carattere generale, e all'art. 1679 c.c., riferita invece soltanto ai pubblici servizi di linea per il trasporto di persone o di cose, nella parte in cui ribadisce il dovere di contrattare con chiunque faccia richiesta del servizio *"compatibilmente con i mezzi ordinari dell'impresa"*.

<sup>414</sup> In senso conforme cfr. IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 522-523, e, in giurisprudenza, App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, (pubblicata assieme a App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57) in *Fall.*, 2013, 1290 ss., con nota di FIMMANÒ F., *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, ove si legge che *"non può non osservarsi che la concorrenzialità valga a qualificare piuttosto il regime in cui assicurare la libera competizione delle imprese sul mercato e non tanto un requisito necessario per postularne la commercialità. Anche il riferimento all'espletamento di attività a favore di terzi non pare costituire condizione imprescindibile della commercialità, se è vero, come pare indubitabile, che sono tali e che possono fallire (come sovente è accaduto) le holding (c.d. pure) che svolgono attività solo a favore di partecipate"*.

in mano pubblica risultavano affidatarie dei servizi di “pulizia, manutenzione, custodia e gestione di impianti”<sup>415</sup>, “captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili”<sup>416</sup> e “servizio di raccolta e smaltimento dei RSU”<sup>417</sup>.

Salvo quanto si preciserà di qui ad un istante relativamente ai rapporti tra società e impresa ai fini dell’applicazione dell’art. 1 l. fall., sembra, in questa sede, sufficiente richiamare l’elenco di cui all’art. 2195, co. 1, c.c. per constatare come le attività appena menzionate possano rientrare tra quelle connotate da “commercialità”. Potendosi concentrare l’attenzione, specialmente, sul numero 1 della norma ora citata, sono note le difficoltà interpretative che circondano l’aggettivo “industriale” ivi contenuto; ebbene, sia che si acceda all’opinione tradizionale<sup>418</sup> che, una volta scartata, stante il silenzio normativo, l’esistenza di un *tertium genus* rappresentato dall’impresa civile<sup>419</sup>, lo considera equivalente a “non agricolo” sia che si aderisca a quella che, più di recente, lo attribuisce all’attività in cui abbiano concretamente incidenza sul prodotto le macchine, gli

---

<sup>415</sup> Si tratta dell’oggetto sociale della Gesip Palermo S.p.A. di cui alle sentenze Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, n. 99, *cit.*, e Trib. Palermo, 18 giugno 2013, *cit.* A parere di chi scrive, non risulta influente, rispetto a quanto rilevato nel testo, la circostanza che simili attività fossero erogate nei confronti del Comune e, in misura minore, a favore di soggetti terzi: infatti, non risulta possibile equivocare - come, invece, talora accade - la strumentalità dei servizi alle esigenze dell’ente locale partecipante (quindi il profilo soggettivo) con la natura, oggettivamente considerata, dell’attività.

<sup>416</sup> È il caso di Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, *cit.*

<sup>417</sup> Così nella sentenza Trib. Foggia, sez. fer., 1 settembre 2011, *cit.*

<sup>418</sup> V. MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Morano ed., Napoli, 1966, 39 ss.; BUONOCORE V., voce “*Imprenditore (dir. priv.)*”, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 515 ss., spec. 539 ss.; NIGRO A., *Le imprese commerciali e le altre imprese soggette a registrazione*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1\*\*, Torino, 1986, 1247 ss. (ove si rinvia per un’ampia ricostruzione della tematica), il quale interpreta l’aggettivo industriale nel senso di “non agricolo” come riferito alla sola “produzione di beni” in quanto “*non esistono nel campo delle attività agricole «tipiche» attività di produzione di servizi, se si eccettua forse il caso della monta taurina*” (pag. 1262, nt. 59), mentre “*per quel che riguarda la produzione di servizi, qualsiasi attività di tal genere non suscettibile di essere ricondotta ad una delle categorie dell’art. 2195 è da comprendere fra le imprese di cui al n. 1*” (pag. 1274). Contra GENOVESE A., *L’artigiano e le attività commerciali*, *Riv. dir. comm.*, 1968, 169 ss., spec. 207 ss., secondo cui (pagg. 221-222) “*il campo dell’attività industriale è vastissimo e si allarga fin dove arriva l’inventiva dell’uomo, mentre il campo dell’agricoltura è più limitato; la definizione dell’attività industriale è forse più netta e precisa di quella agricola, che non include qualsiasi processo di sfruttamento dell’energia genetica della terra e del bestiame mentre il settore delle attività connesse, specialmente in agricoltura, è fluttuante. Non ritengo esatta perciò l’opinione di chi ricava la nozione di attività industriale (anzi la commercialità) sottraendo l’attività agricola dalla generale attività economica o invece compie l’operazione inversa, sottraendo l’attività industriale*”.

In tal senso, pressoché pacificamente, la manualistica: cfr., tra gli altri, GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, XIII ed., Padova, 2007, 52-53; FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, *cit.*, 44 ss.; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, I, Diritto dell’impresa*, *cit.*, 56 ss.; BUTTARO L., *Corso di diritto commerciale I. Premesse storiche e disciplina dell’impresa*, *cit.*, 121 ss., spec. 125-126.

<sup>419</sup> Si tratta, com’è noto, della tesi elaborata, inizialmente, da SALIS L., *L'imprenditore civile*, in *Dir. e giur.*, 1948, 1-17 e 97-113. Sulla configurabilità, da giustificarsi attraverso un’attenta lettura della Relazione ministeriale al codice, di un *tertium genus* tra attività agricole e commerciali v. lo studio di OPPO G., *Note preliminari sulla commercialità dell’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 561 ss.

strumenti, gli utensili o i dispositivi meccanici impiegati<sup>420</sup>, pare che il risultato, nella nostra materia, non muti. Le società affidatarie dei servizi, per le quali è stato escluso lo svolgimento di un'attività di carattere commerciale, paiono, alla luce proprio di un'indagine in concreto, esercenti un'attività di questo tipo<sup>421</sup>.

Allo scopo di prevenire facili obiezioni, quest'ultima osservazione va, immediatamente, corretta nel senso che, per tale via, non s'intende revocare in dubbio che quando la soddisfazione dei bisogni della collettività spinga l'ente ad assumerne la gestione – all'esito, va rimarcato, di una valutazione che mira proprio a verificare se quell'attività non sia già svolta da “*imprese operanti secondo le normali regole di mercato*” (non potendosi non notare, per inciso, che in quel caso nessuno potrebbe dubitare della natura commerciale dell'attività) – si debba, innegabilmente, discorrere di servizi pubblici locali di interesse economico generale; semplicemente l'obiettivo consiste nel dimostrare come l'opinione criticata, se portata alle sue naturali conseguenze, giungerebbe ad infirmare proprio la conclusione del sillogismo.

In via generale, e con particolare riguardo al presupposto soggettivo del fallimento, occorre, in ogni caso, osservare che se la verifica circa la commercialità dell'attività esercitata deve essere condotta quando si tratti dell'*imprenditore*, un diverso atteggiamento dovrebbe ispirare, l'interprete, quando si trovi al cospetto di una *società*.

---

<sup>420</sup> L'opinione è di RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, Milano, 2012, 238 ss., spec. 245, e si fonda sul contesto dell'art. 2585, co. 1, c.c. e sull'intero sistema delle norme codicistiche sulle invenzioni industriali: l' “industria”, più nel dettaglio, sarebbe “sicuramente connotata dall'utilizzo rilevante – ma in realtà ancora da indagare con precisione -, di macchine, strumenti, utensili o dispositivi meccanici. È allora plausibile supporre che possano essere qualificati come metodi o processi di lavorazione «industriali» quelli a cui contribuiscono come componente significativamente influente beni di tali generi, così come saranno sicuramente ritenuti «industriali» i prodotti o risultati ottenuti grazie all'utilizzazione, parimenti significativamente influente, di quei beni. Alla luce di queste deduzioni è chiaro che esiste una precisa correlazione fra l'industrialità e l'utilizzazione di un certo genere di beni che, astraendo il tratto comune delle quattro categorie specificamente elencate nell'art. 2585, comma 1, c.c. – macchine, strumenti, utensili o dispositivi meccanici – si caratterizzano da una parte per potere essere destinati ad ausiliare l'uomo nell'esercizio di attività, e nel contempo per essere stati prodotti a seguito di attività umana” (virgolettati dell'A.). Evidentemente, pure questa tesi parte dall'insoddisfazione nei confronti dell'esistenza di un *tertium genus* di impresa accanto a quella agricola e commerciale.

<sup>421</sup> Seppur con riferimento alle attività accessorie svolte dagli enti pubblici economici (ma *a fortiori* questo sillogismo dovrebbe valere per le società affidatarie di servizi pubblici locali), NIGRO A., *Le imprese commerciali e le altre imprese soggette a registrazione*, cit., 1290, osserva: “se l'attività economica svolta in via accessoria configura un'impresa (e l'art. 2093 conferma che può configurarla), deve esserci anche l'imprenditore; e se l'impresa è, per la natura dell'attività, «commerciale», questo imprenditore non può che qualificarsi, anch'esso, come «commerciale»”. Ritiene, in termini invero apodittici, che “la natura dell'attività esercitata ... è certamente di carattere commerciale, trattandosi di attività industriale diretta alla produzione di un servizio (articolo 2195, n. 1, c.c.)”: SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 307 ss., ivi 320.

Infatti, secondo un orientamento risalente e consolidato della giurisprudenza di legittimità<sup>422</sup> (richiamato, anche di recente, nelle decisioni favorevoli all'approccio tipologico-privatistico<sup>423</sup>), *“le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa”*, essendo, pertanto, l'oggetto sociale, quale risulta dall'atto costitutivo, ad indentificare le società; diversamente, *“per il soggetto fisico individuale la definitività di una tale scelta (che rende attuale uno dei plurimi fini virtualmente perseguibili dall'agente) si realizza solo con l'inizio del concreto esercizio dell'attività stessa (ben potendo, anche dopo l'esteriorizzazione della volontà di intraprendere quell'attività, il soggetto mutare il proprio programma operativo, senza essere vincolato alla precedente sua esternazione), onde appunto la qualità di imprenditore commerciale si acquisisce in questo caso solo in termini di effettività”*<sup>424</sup>.

Peraltro, non si ignora che a quest'opinione – fondata, evidentemente, sull'esistenza di un'equazione società=impresa in virtù della quale ogniqualvolta c'è società c'è anche impresa, indipendentemente dallo svolgimento effettivo, da parte della società, di un'attività imprenditoriale<sup>425</sup> – se ne contrapponga un'altra che ritiene sussistere una diversità, o meglio una non necessaria coincidenza tra i due concetti: se è vero, in altri termini, che il legislatore, disciplinando la società, avrebbe tenuto presente il regime previsto per l'impresa, non sarebbe

---

<sup>422</sup> La questione pare essere stata affrontata, per la prima volta (se si eccettua, però, nella giurisprudenza di merito, App. Milano, 12 marzo 1956, in *Dir. fall.*, 1956, 482 ss., con nota di DE FERRA G., *Sul fallimento della società commerciale che non esercita attività imprenditrice*), da Cass., sez. III, 10 agosto 1965, n. 1921, in *Giust. civ.*, 1965, 1959 ss., con nota (adesiva) di SCHERMI A., *Momento dell'attribuzione dello status di imprenditore commerciale alle società ed assoggettabilità a fallimento*, poi oggetto di annotazione (critica) anche da FARINA F., *Assoggettabilità al fallimento di società commerciali che non esercitano attività imprenditrice?*, in *Dir. fall.*, 1967, 423 ss.; successivamente cfr.: Cass., sez. I, 10 agosto 1979, n. 4644, in *Giur. comm.*, 1981, 71 ss., con nota (critica) di ROSAPEPE R., *Ancora a proposito della distinzione tra società e impresa*; Cass., sez. I, 4 novembre 1994, n. 9084, in *Fall.*, 1995, 622 ss., con commento di PATTI A.; Cass., sez. I, 26 giugno 2001, n. 8694, in *Fall.*, 2002, 602 ss., con nota (adesiva) di ANFUSO F., *Condizioni di fallibilità dell'impresa collettiva: basta lo scopo od occorre anche l'effettivo esercizio dell'attività commerciale?*.

<sup>423</sup> Ci si riferisce, in modo particolare, a Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fall.*, 2013, 1273 ss., con nota di BALESTRA L., *Concordato, assoggettabilità delle società partecipate da enti pubblici e prededucibilità del finanziamento dei soci*; riprende testualmente i precedenti citati alla nota precedente anche Trib. Palermo, sez. IV, 11 febbraio 2010, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it); condivide la massima della sentenza della Corte regolatrice Trib. Palermo, 20 ottobre 2014, in *Dir. fall.*, 2015, 257 ss., con nota di FIMMANÒ F., *Insolvenza dell'imprenditore «società pubblica», gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*.

<sup>424</sup> In questi termini Cass., sez. I, 4 novembre 1994, n. 9084, *cit.*

<sup>425</sup> Oltre ai commentatori delle pronunce contemplate alla nota 422, sostiene, in dottrina, la necessità della correlazione fra società e impresa, in dottrina, NIGRO A., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in COLOMBO G.E., PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, 2, Torino, 1993, 230 ss.

altrettanto vero che le società debbano essere sempre anche imprese e la conferma di tale tesi si potrebbe evincere, ad esempio, dalle società occasionali, ovvero attività economiche che non assurgerebbero ad attività d'impresa<sup>426</sup>. Da tale presupposto si trae la risoluzione che *“l'unico elemento al quale si può fare riferimento per poter collocare o meno l'ente collettivo tra i soggetti passibili di fallimento è la riferibilità concreta della sua attività al tipo prestabilito dalla legge”*<sup>427</sup>.

Si potrebbe, sul punto, replicare, come pure è stato fatto<sup>428</sup>, che l'identità stabilita dal legislatore, al precipuo fine dell'applicazione della legge fallimentare, sarebbe solo normativa

---

<sup>426</sup> Propendono, tra gli altri, per tale impostazione: VALERI G., *Brevi note per lo studio del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 46 ss.; MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, cit., 34 ss.; BUONOCORE V., voce *“Imprenditore (dir. priv.)”*, cit., 541 ss. il quale rileva *“come per l'impresa individuale è l'effettivo esercizio e l'effettiva cessazione dell'attività che fanno acquistare o perdere al soggetto la qualità di imprenditore commerciale, così per l'imprenditore-società, ad onta della costituzione o dell'iscrizione, è solo l'inizio effettivo dell'attività imprenditrice o la dismissione effettiva di questa che fa acquistare o perdere rispettivamente la qualità di imprenditore”*. Nella manualistica, cfr. COTTINO G., *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche*, vol. I, tomo II, Padova, 1987, 3, per la considerazione che *“la nozione (di società, nda) non si discosta da quella di imprenditore, tranne per il requisito della professionalità che è essenziale per l'imprenditore mentre può mancare nella società. Sicché può esservi una società, non un imprenditore, occasionale”* (corsivi dell'A.), ma soprattutto NOTARI M., *Il fenomeno e le nozioni di impresa*, in AA. VV., *Diritto delle imprese. Manuale breve*, Milano, 2012, 63, il quale afferma che *“se è vero che l'impresa non è solo e tanto l'attività esercitata dall'imprenditore, quanto l'organizzazione produttiva, oggettivamente considerata, volta allo svolgimento dell'attività economica imprenditoriale, la società costituisce anzitutto una forma giuridica di tale organizzazione, ossia una disciplina giuridica dell'impresa, volta a regolare sia i profili patrimoniali – con precipuo riferimento alle modalità con cui l'impresa societaria raccoglie il capitale di rischio e il capitale di credito per mezzo del quale esercitare la propria attività – sia i profili organizzativi e di «governo» dell'impresa. Sebbene la società possa essere intesa in linea di principio come una forma di disciplina dell'attività d'impresa, non se ne può tuttavia dedurre la possibilità di affermare in modo assoluto l'equazione tra impresa e società, nel senso cioè di escludere la sussistenza di ipotesi di società senza impresa”* (corsivi dell'A.). In senso dubitativo, nello specifico ambito della fallibilità delle società a partecipazione pubblica, IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, cit., 522, spec. nt. 44.

<sup>427</sup> Così AGUGLIA E., *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2001, 161 ss. (spec. 178 ss. dalle quali si cita); *amplius*, in passato, v. RAGUSA MAGGIORE G., *Imprenditore, impresa, fallimento*, Padova, 1979, 37 ss. Peculiare è l'impostazione di FORTUNATO S., *Sub art. 1*, in JORIO A. (diretto da), FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 51-52, il quale, cercando di non sacrificare il principio di effettività, rileva che *“la presenza di un contratto scritto e, quando richiesto, iscritto costituisce uno di quegli atti univocamente indirizzati alla organizzazione dell'attività d'impresa da cui non possa che discendere l'acquisizione della qualità di imprenditore (sempre che l'oggetto sociale individui attività d'impresa), impliciti essendo nel contratto altresì i requisiti della professionalità (anche per il c.d. unico affare) e della organizzazione. Del resto a fronte di un oggetto statutario enunciato ma poi di fatto non attuato difficilmente si pongono problemi di affidamento dei terzi, per i quali perlopiù si giustifica lo statuto dell'imprenditore e dell'imprenditore commerciale in particolare. All'oggetto statutario potrebbe sovrapporsi in via esclusiva o in via concomitante altro oggetto in concreto perseguito: il principio di effettività avrà modo di superare la presunzione collegata all'oggetto statutario e trovare applicazione all'oggetto in concreto perseguito, il quale – se integra gli estremi dell'attività d'impresa – farà acquisire al soggetto collettivo che l'esercita la qualità di imprenditore, anche se essa non poteva discendergli dall'oggetto statutario”*.

<sup>428</sup> Cfr. DE FERRA G., *Sul fallimento della società commerciale che non esercita attività imprenditrice*, cit., 485. Sostanzialmente equivalenti all'obiezione riportata nel testo appaiono quelle di DE GREGORIO A., *Corso di diritto*



indipendentemente da quella concettuale nel senso che quest'ultimo non si sarebbe preoccupato che la società sia effettivamente imprenditrice commerciale per assoggettarla alle norme dettate per l'imprenditore commerciale individuale. Ad ogni modo, cercando di ridimensionare la portata di una simile problematica la quale, certamente, esula dai limiti della presente trattazione, non pare possibile obliterare che, alla luce delle superiori osservazioni, la società affidataria del servizio pubblico locale di interesse economico generale svolge un'attività potenzialmente suscettibile non solo di rientrare nella nozione di "commercialità"<sup>429</sup>, ma, altresì, secondo il disposto dell'art. 2, co. 1, lett. i), T.u. partecipate, "*di essere erogata dietro corrispettivo*".

L'importanza annessa dall'odierno legislatore ai profili di remuneratività dei servizi pubblici locali di interesse economico generale è stata già segnalata nel corso del primo capitolo (parte I, § 3) ed urta frontalmente, altresì, con la (solo parzialmente) diversa conclusione alla quale perviene quell'altra pronuncia<sup>430</sup> secondo cui l'eterodeterminazione della tariffa costituirebbe un indice sintomatico di esclusione, in concreto, della natura commerciale della società, comportando, anzi, "*l'assenza, nella gestione concretamente attuata, di un indirizzo gestionale autonomamente diretto alla realizzazione di uno scopo di vero e proprio lucro*".

---

*commerciale: imprenditori, società*, VII ed., Dante Alighieri ed., Milano, 1967, 42 ("*la costituzione di una società commerciale, che presuppone, per la stessa complessità dei mezzi e delle forme attuate, una continuità di gestione, può ritenersi abbia in sé quell'elemento (purtroppo elastico) della professionalità al quale ho accennato: si noti infatti che, come qualche autore ha osservato, mentre una persona fisica può svolgere in tante direzioni, e per più o meno della sua vita, l'una o l'altra attività, una società sorta per lo svolgimento di una attività commerciale non ha altro campo di azione che questa attività, destinata a durare per tutta l'esistenza della società stessa, sicché si può parificare alla professione delle singole persone*", corsivo dell'A.) e di ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 1 ss., spec. 9, per il quale "*l'elemento della professionalità è naturalmente assorbito dallo scopo statutario quando imprenditore è una persona giuridica costituita per una determinata attività imprenditrice*". Nella materia che occupa propende per tale posizione SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 261 ss., spec. 304-305.

<sup>429</sup> Tra le pronunce che si annoverano nel filone tipologico-privatistico ammette la prova contraria Trib. Sassari, 7 dicembre 2012, in *Riv. giur. sarda*, 2015, 19 ss., con nota di IBBA C., *Società a partecipazione pubblica e fallimento*, che, in punto, così motiva: "*ciò che occorre stimare, piuttosto, è la compatibilità tra l'attività sociale effettivamente svolta e il diritto comune, così da poter rilevare, da un lato, il fine pubblico direttamente perseguito, i vincoli pubblicistici e l'ingerenza dei pubblici poteri; ovvero, dall'altro, la natura dell'attività imprenditoriale perseguita e realmente svolta. La sussunzione della disciplina applicabile al caso non può, dunque, prescindere da tali criteri e dalla finale consegna alla verifica concreta (propria della singola fattispecie) circa l'applicabilità, o meno, dello statuto dell'imprenditore. A fronte di tale discriminazione, della accertata qualifica imprenditoriale (società consortile per azioni a partecipazione pubblica, regolarmente iscritta nel registro delle imprese), e delle relative acquisizioni documentali (ai sensi degli artt. 14 e 15 l. fall.), sarebbe stato onere del debitore medesimo dimostrare l'eventuale diversa qualificazione tipologica e l'esenzione dalla regola di diritto comune, in quanto, per le società commerciali, come tali iscritte nei pubblici registri, la qualifica di imprenditore commerciale si presume*" (corsivi nella decisione).

<sup>430</sup> Trib. Avezano, 26 luglio 2013, cit., della quale, attesa l'importanza, si è ritenuto di riportarne, testualmente, il passaggio *sub* nota 409 ed ivi si rinvia.

Seguendo quest'impostazione, in sostanza, la mera gestione, statutariamente prevista, secondo metodo economico, non sarebbe sufficiente a consentire la realizzazione dello scopo di lucro, ritenuto elemento essenziale all'esercizio dell'attività da parte dell'ente collettivo.

Un'affermazione di questo tipo – ma di ciò le sentenze che appartengono al filone in rassegna non paiono poi così consapevoli – postula la soluzione (in senso affermativo) di un interrogativo, preliminare, da tempo al centro della riflessione dottrinale in materia, vale a dire la compatibilità dello scopo lucrativo con l'interesse pubblico, considerato, quest'ultimo, servente alla realizzazione di valori ideali, quali gli interessi collettivi, e, dunque, in netta antitesi con quello di “*dividere gli utili*”. Le risposte, com'è noto, sono state di diverso segno e, volendole classificare sommariamente, si possono censire: una tesi più radicale che considera la partecipazione sociale di un ente pubblico accanto ai privati come una formula da superare<sup>431</sup>, una posizione che, ponendosi agli antipodi, ne ammette la compatibilità senza particolari riserve<sup>432</sup> e, ancora, quella, piuttosto recente, che riconduce l'interesse di cui è portatore il socio pubblico alla causa concreta del contratto sociale<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> Considera “insincera” la formula delle società nelle quali partecipano come azionisti enti pubblici accanto a privati sul presupposto che “*la cooperazione finanziaria tra ente pubblico e privati in determinati imprendimenti può trovare la sua soluzione in formule diverse da quelle di una partecipazione azionaria, formule che non perciò debbono offrire al risparmio privato l'attrattiva di un incremento degli utili o della partecipazione nell'aumento del valore di mercato dell'investimento. A loro volta i problemi dell'ente pubblico economico - non certo meno gravi di quelli delle società per azioni - non possono trovare sempre la loro soluzione in quelle formule che possono essere adottate per le società per azioni, seppure in alcuni casi ricorra una identità di problemi che giustifica identità di soluzioni*” (corsivo di chi scrive): ASCARELLI T., *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 ss., spec. 1012 ss. dalle quali si cita.

<sup>432</sup> In tal senso, soprattutto, GOISIS F., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica*, in *Dir. econ.*, 2013, 41 ss., il quale, a tal uopo, rileva che “*il particolare valore ideale degli interessi pubblici collettivi di cui è depositario il socio pubblico dominante non basta a giustificare la strumentalizzazione della società a interessi che rimangono e debbono rimanere, comunque, extrasociali, ossia propri unicamente del socio pubblico dominante, quale contrapposto al socio di minoranza e ai creditori*”. In passato, sembrerebbe conforme la posizione di JAEGER P. G., *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 135 ss., il quale a proposito dell'art. 2458 c.c. (ora art. 2449 c.c.) osserva (pag. 136-137) che “*la dottrina assolutamente dominante ritiene, conseguentemente, che i membri degli organi sociali nominati dagli enti pubblici debbano perseguire lo stesso interesse privato alla realizzazione del quale si deve dirigere l'attività degli altri membri, eletti, secondo le norme ordinarie, dalla maggioranza dell'assemblea, e su questo punto di vista sembra si sia formata una communis opinio, con l'accettazione di essa anche da parte di esponenti del potere politico*”, nel senso che “*lo Stato o l'ente pubblico azionista, nella società mista, non può svolgere l'interesse pubblico, cioè un proprio interesse extra-sociale, quando ciò lo ponga in posizione di conflitto con l'interesse comune agli altri azionisti*”, ma v. già SENA G., *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 43 ss., spec. 58. Infine, è d'uopo citare l'autorevole opinione di ASQUINI A., *I battelli del Reno*, *Riv. soc.*, 1959, 617 ss., ove si legge (pagg. 621-622) che “*il codice colloca queste società (per azioni in mano pubblica, nda) sullo stesso piano giuridico delle società in mano privata, salvo qualche norma relativa alla posizione giuridica degli amministratori e dei sindaci e poiché anche la recente legge 22 dicembre 1956 numero 1589 ha effetti limitati all'inquadramento sindacale, non vi è ragione di creare per dette società, sul piano giuridico privatistico, una*

Certamente, seppur il problema non possa dirsi completamente superato, non si può trascurare l'esistenza di un sistema normativo (il T.u. in materia di società partecipate), probabilmente non completamente concluso, che, ammettendo la partecipazione di amministrazioni pubbliche a “società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata” (art. 3), fornirebbe, in ogni caso, un argomento testuale a favore della possibile convivenza tra simili (contrapposti) interessi.

Nella considerazione legislativa, ma si tratta solamente di una prima impressione, potrebbe essere stata determinante la persuasione – da tempo invalsa in buona parte della dottrina giuscommercialistica<sup>434</sup> – secondo cui “nel moderno sviluppo economico-sociale lo scopo di lucro è venuto affievolendosi come elemento caratterizzante la società fino a consentire la presenza della

---

*particolare categoria giuridica. Si tratta sempre di società rientranti nella nozione generale della società di profitto ai sensi dell'art. 2247”.*

<sup>433</sup> Questa è la tesi di OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 157 ss., spec. 166 - 167, il quale ritiene che “l'interesse di cui è portatrice la partecipazione pubblica rilevante può essere ricondotto alla funzione concreta della società e quindi alla causa concreta, o a una sua componente ... la attrazione nella causa concreta porta ad introdurre l'interesse pubblico anche nell'interesse sociale, nella accezione di interesse proprio di tutti i partecipanti o comunque condiviso da tutti i soci, giacché essi non possono ignorare il senso della partecipazione pubblica. Se tale attrazione è possibile, si conferma che non vi è bisogno di mutare la natura tipica dell'ente per riflettervi la volontà legislativa che gli commette anche una funzione di interesse generale ... La confluenza dell'interesse pubblico nell'interesse sociale qualifica il tipo senza snaturarlo e giustifica le particolarità della disciplina che oggi non contrastano con lo statuto societario risultante dalla riforma”.

<sup>434</sup> Il contributo, tra i più noti, che ha affrontato *funditus* la questione è quello di SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 151 ss., spec. 155 da cui si cita nel testo; sul tema delle partecipazioni statali l'A. nota, significativamente, che “l'intervento pubblico potrebbe operare nel senso di introdurre una modificazione dello scopo sociale – modificazione che non sarebbe assistita dalle formalità richieste dalla legge – quanto un concreto adattamento di esso, per effetto di un'interpretazione evolutiva dello statuto che tenga conto del nuovo assetto societario. La p.a. poi introducendo una modifica statutaria che regoli o al limite annulli lo scopo lucrativo, potrebbe allora adeguare anche la norma statutaria alle esigenze dell'attività svolta ... Ecco perché a mio avviso la consueta affermazione secondo cui la p.a. utilizza le strutture societarie mossa da intenti e da interessi ad esse esterni, cioè estranei, merita un ripensamento: essa definisce, per ora, una situazione di rispetto dello scopo lucrativo che corrisponde al comportamento dello Stato, ispirato a criteri di economicità”.

Successivamente v. pure SCIUTO M., SPADA P., *Il tipo della società per azioni*, *Trattato delle società per azioni diretto da Colombo G.E. e Portale G.B.*, 1\*, cit., 92-93, ove si osserva che “la propensione ad ammettere l'adozione dei tipi di società e, segnatamente, della società per azioni per programmi non societari si è non di rado, manifestata in termini «insinceri». Da un lato, infatti, si è dato per scontato il nesso insopprimibile tra codice azionario e funzione societaria; dall'altro, però, si è sbiadito il modello funzionale societario, impoverendolo della componente lucrativa – che pure la fraseologia legislativa e la tradizione che l'ha preparata indicano come essenziale. È accaduto così che lo scopo di dividere gli utili prodotti nell'esercizio dell'attività comune sia stato concettualizzato come motivo e dunque espunto dallo schema causale; ovvero «annegato» in un vastissimo scopo egoistico o, addirittura, non altruistico, nel quale molto dell'associazionismo non lucrativo può riconoscersi” (corsivo e virgolettati degli AA.). Secondo gli Autori, il processo di graduale neutralizzazione dello scopo lucrativo sarebbe, infine, esitato nella nuova previsione dell'art. 2332 c.c. la quale, introducendo lo “sbarramento della tassatività delle cause di nullità”, avrebbe rimosso l'ultimo baluardo a difesa dell'essenzialità dello scopo lucrativo.

*struttura societaria anche quando il lucro non solo concretamente, ma anche astrattamente, viene dalle parti considerato come meramente eventuale oppure del tutto escluso, nella sostanza o finanche nella forma, con apposita clausola statutaria”, da cui discende l’altrettanto nota considerazione della struttura societaria come *neutra*, cioè destinata ad essere riempita “*si da una finalità concreta, ma non necessariamente da uno scopo lucrativo tecnicamente inteso*”<sup>435</sup>.*

Del resto, una conferma dell’illazione appena avanzata potrebbe ravvisarsi nella (quasi) coeva codificazione della “società *benefit*”<sup>436</sup> per mezzo della quale risulta, attualmente, possibile orientare l’attività d’impresa in forma collettiva non solo alla realizzazione di un egoistico interesse (la massimizzazione del profitto), bensì, facendolo convivere con questo, al perseguimento di benefici collettivi e pubblici<sup>437</sup>.

#### **4. La permanente validità della tesi tradizionale formalistica o nominalistica (anche alla luce dell’art. 14 del T.u. in materia di società a partecipazione pubblica).**

Nel corso del primo paragrafo del presente capitolo, si è insinuato il dubbio che, nei diversi casi sottoposti all’attenzione del giudice nazionale, la preoccupazione, che sovente ha animato gli itinerari argomentativi dal medesimo percorsi, sia consistita nel tentativo di evitare le conseguenze, asseritamente, pregiudizievoli che la qualificazione della società in mano pubblica in termini solamente o anche (si pensi all’approccio funzionale) privatistici avrebbe comportato, prima fra tutte il pregiudizio, ove affidatarie di un servizio pubblico locale, alla regolarità del medesimo.

Rinviando, alle successive riflessioni, la dimostrazione circa la compatibilità della continuità del servizio con la tesi della fallibilità delle società pubbliche, preme, per il momento, constatare l’esistenza di un ulteriore argomento, del quale non v’è traccia (neppure in chiave critica) nelle pronunce che operano la riqualificazione delle predette società in enti pubblici, che, agendo proprio

---

<sup>435</sup> Espressamente in questi termini, tra le sentenze che si annoverano nel filone tipologico-privatistico, Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, *cit.*, e App. Napoli, 27 ottobre 2015, n. 214, *cit.*

<sup>436</sup> Il riferimento normativo è costituito, segnatamente, dai commi 376 ss. della legge 28 dicembre 2015, n. 208, c.d. legge di stabilità 2016.

<sup>437</sup> Si tratterebbe, insomma, di una novità che “*rompendo la dicotomia tra impresa for-profit e non-profit, si colloca in mezzo alle due realtà contrapposte fondendo gli scopi sociali delle imprese del terzo settore con quelli di profitto propri delle imprese commerciali, caratterizzata da una causa mista (o ibrida)*”: così RIOLFO G., *Le società “benefit” in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2016, 720 ss., spec. 722, al quale si rinvia per un primo commento all’articolato normativo; sul ddl s. 1882 (trasfuso pressoché senza modifiche nella legge di stabilità) v. pure SICLARI D., “*Creating value on the market and into society*”: *le c.d. benefit corporation nel contesto della strategia di Europe 2020 per una crescita smart, inclusiva e sostenibile*, in OLIVIERI G. e FALCE V. (a cura di), *Smart cities e diritto dell’innovazione, Quad. Giur. comm.*, Milano, 2016, 171 ss.

sul piano delle ricadute pratiche (segnatamente finanziarie), conforta nel propendere per l'opinione formalistica o nominalistica.

È noto – ed il punto non richiede particolari accorgimenti esplicativi – come la recente normativa, soprattutto in tema di società partecipate, si sia mossa nel segno di una riduzione della spesa o, volendo utilizzare un anglicismo, della *spending review*<sup>438</sup>. Ciò è stato determinato, essenzialmente, dalla necessità di evitare che la partecipazione degli enti locali in società compromettesse il rispetto del vincolo, ormai costituzionalmente consacrato (art. 81), di “*equilibrio tra le entrate e le spese*”<sup>439</sup>.

Ora, sembra che questa direttrice lungo la quale si muove ormai il diritto interno (per effetto degli obblighi comunitari) potrebbe trovare una smentita da parte delle letture riqualificatorie che sono state avanzate. Un simile atteggiamento interpretativo incline a considerare le società in pubblico comando *come* enti pubblici pare, infatti, dimentico delle conseguenze che questo comporterebbe sul piano degli equilibri contabili. In merito, due sono gli orientamenti giurisprudenziali – elaborati, anch'essi, a livello sovranazionale – che consentono di comprendere, a fondo, la portata della problematica.

Va, innanzitutto, menzionato un consolidato orientamento della Corte EDU in tema di tutela del credito – che rientrerebbe, com'è noto, nell'ampia nozione di “bene” ai fini della tutela della proprietà di cui all'art. 1, Protocollo n. 1, CEDU<sup>440</sup> – in forza del quale lo Stato è, in linea generale, sempre responsabile del rispetto della Convenzione, non potendosi trincerare dietro le deficienze (finanziarie) di altri soggetti. Pertanto, l'assenza di risorse di un ente pubblico non consentirebbe di

---

<sup>438</sup> Emblematica, in punto, l'adozione nel 2014 del *Programma di razionalizzazione delle partecipate*, c.d. piano Cottarelli, reperibile al link: [revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma\\_partecipate\\_locali\\_master\\_copy.pdf](http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf). Del resto, la stessa legge delega 7 agosto 2015, n. 124, in attuazione della quale sono stati emanati i Testi unici oggetto di approfondimento in questa sede appare ispirata da siffatti obiettivi: si veda, segnatamente, l'art. 18, co. 1, lett. d), e), m) n. 3).

<sup>439</sup> In argomento, va segnalata la difficoltà, palesata dalla medesima Corte costituzionale in alcune decisioni adottate nel corso del 2015, di operare un corretto bilanciamento tra la protezione dei diritti o interessi oggetto della singola *quaestio* e il principio costituzionale ricavabile proprio dall'art. 81 Cost.: inizialmente tale necessità è stata teorizzata nella sentenza 11 febbraio 2015, n. 10, in *Giur. cost.*, 2015, 45 ss., successivamente, però, con la sentenza 30 aprile 2015, n. 70, in *Giur. cost.*, 2015, 531 ss., con nota di ANZON DEMMIG A., *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario* (alla quale si rinvia pure per una breve ricognizione della questione), la Corte supera tale dibattuta problematica ritenendo non rilevanti gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi sull'equilibrio di bilancio; da ultimo, nella sentenza 1 luglio 2015, n. 127, in *Giur. cost.*, 2015, 1163 ss., la Consulta è tornata, nuovamente, a riprendere la via (originaria) della valorizzazione del bilanciamento secondo i termini prima detti.

<sup>440</sup> Per un approfondimento si rinvia allo studio di CARABETTA S., *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico*, in *Jus civile*, 2015, 705 ss., il quale svolge un'analisi del contenuto essenziale delle pronunce di cui alle due note successive.

giustificare l'inadempimento degli obblighi derivanti da una sentenza pronunciata a suo sfavore<sup>441</sup>, esponendosi pure, nel caso di eccessivo e sproporzionato ritardo nell'adempimento, al risarcimento del danno per effetto della lesione della pretesa creditoria<sup>442</sup>.

Ne conseguirebbe, aderendo all'approccio tipologico-pubblicistico, che lo Stato, per non incorrere in una violazione della Convenzione, debba farsi garante dell'adempimento del credito vantato nei confronti di un ente pubblico-società affidataria di un servizio pubblico locale, con conseguente frustrazione, sul versante del diritto nazionale, proprio degli obiettivi di contenimento della spesa pubblica.

Ma, come si anticipava dianzi, esiste, altresì, nell'ambito della giurisprudenza dell'Unione europea un'altra posizione che ha invocato la violazione, nel caso dell'omologo francese dei nostri enti pubblici economici, della disciplina in materia di aiuti di Stato a fronte dell'esistenza di un regime giuridico volto ad escludere l'assoggettamento di tali organismi al fallimento o alle altre procedure concorsuali, ammettendolo, per giunta, a fruire di una "garanzia implicita" dello Stato<sup>443</sup>.

Pur ad una sommaria rappresentazione dei punti nodali dei risultati giurisprudenziali così raggiunti, appaiono piuttosto nitide le implicazioni nella materia che occupa: seguitando a riqualificare le società in mano pubblica in enti pubblici, si corre il rischio, ove il patrimonio delle medesime venga escusso – non potendo, evidentemente, in tal caso eccepire (per mere ragioni di convenienza) l'autonomia patrimoniale –, di esporre l'ente locale a conseguenze pregiudizievoli sulla complessiva tenuta dei conti pubblici ed anzi, ove per non violare la CEDU, i debiti fossero adempiti, lo stesso incorrerebbe, quando non si tratti di debiti sorti in occasione dell'adempimento di una missione d'interesse generale, in un'infrazione del divieto di aiuti statali<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> Così, tra le altre, le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *De Luca c. Italia* del 24 settembre 2013 (ricorso n. 43870/04) e *Pennino c. Italia* del 8 luglio 2014 (ricorso n. 43892/04).

<sup>442</sup> Si veda, per esempio, la sentenza della Corte EDU *Buffalo srl in liquidazione c. Italia* del 22 luglio 2004 (ricorso n. 38746/97).

<sup>443</sup> Il riferimento è, specificamente, a Corte di giustizia dell'Unione europea, Prima Sezione, 3 aprile 2014, causa C-559/12, *Repubblica francese contro Commissione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 906 ss., con nota di GNES M., *La specialità degli enti pubblici francesi: privilegio o garanzia implicita per i terzi creditori?*. Il caso *La Poste*, come si spiega succintamente nel testo, offre un interessante momento di riflessione: la garanzia – costituente, secondo i giudici lussemburghesi, aiuto di Stato – di cui godrebbero i creditori dell'ente (nel caso di specie si trattava di *Epic, établissement public industriel et commercial*) consisterebbe non solo nell'inassoggettabilità alle procedure concorsuali, ma, soprattutto, nell'impignorabilità dei beni facenti parte del patrimonio del soggetto pubblico. Infatti, i creditori di quest'ultimo, oltre a fruire delle ordinarie procedure, sarebbero confortati dal fatto che il loro credito non verrebbe mai cancellato, anche in caso di mancanza di attivo, e, finanche, in caso di scioglimento poiché, in applicazione proprio del principio della continuità del servizio pubblico, all'ente cui viene affidata la gestione del servizio si trasferirebbero sia il patrimonio, sia i diritti e gli obblighi dell'ente soppresso.

<sup>444</sup> Utilizza quest'argomento anche MAZZAMUTO M., *Fallibilità o meno delle società in house tra diritto privato e diritto pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (UE)*, in *Dir. econ.*,

Evidenziata, sino a questo punto, la debolezza delle diverse opzioni interpretative che si sono avvicinate in punto di fallibilità delle società pubbliche, non si può che confermare la permanente validità della tesi nominalistica<sup>445</sup>. Sotto tale profilo, a definitiva tacitazione delle incertezze che tali orientamenti, di segno diverso, hanno determinato potrebbe, finalmente, farsi appello all'art. 14 del

---

2014, 550 ss., il quale, però, perviene a conclusioni con riguardo alle società *in house* poco condivisibili. L'A. rileva (pp. 556-557), più nel dettaglio, che “*se la garanzia statale dovesse quindi valere anche per le società in house, l'intreccio con la citata giurisprudenza (quella citata nel testo e nelle note precedenti, nda) comunitaria diverrebbe di assai difficile composizione, poiché, sempre in ragione del divieto di aiuti statali e al pari degli enti pubblici economici, bisognerebbe negare cittadinanza ad una figura, appunto le società in house, che lo stesso ordinamento UE ha, al contempo, creato e riconosciuto. Si potrebbe sostenere che in realtà le società in house operano fuori mercato, sicché non si ponga un problema di tutela della concorrenza, qui sotto il profilo del divieto di aiuti ... Se si ritiene che le società in house, da un lato, siano soggette al vincolo CEDU della garanzia statale, d'altro lato, non pongano un problema di violazione del divieto di aiuti perché operanti fuori mercato, allora non potrà che propendersi per la tesi che tali società non siano soggette al fallimento*”. Si tratta, con tutta evidenza, di un'opinione che cade nell'equivoco, ormai noto, di sovrapporre il profilo relativo all'affidamento del servizio o, se si preferisce, quello dell'attività sopra quello del soggetto: la società *in house providing* resta, indipendentemente dalla modalità di affidamento, un ente, a tutti gli effetti, di diritto privato; pertanto, le conseguenze applicative della giurisprudenza sovranazionale passata in rassegna devono apprezzarsi, come si cerca di fare nel testo, sul piano del soggetto e non già su quello dell'attività.

<sup>445</sup> Come già segnalato, si tratta della posizione che già da epoca risalente è stata sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità e che più di recente conta il maggior numero di pronunce che vi hanno prestato adesione: Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, *cit.*; Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, *cit.*; Trib. Milano, 22 giugno 2007, riportato da SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, *cit.*, 277, nt. 55; App. Napoli, 15 luglio 2009, *cit.*; Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, *cit.*; Trib. Velletri, 8 marzo 2010, *cit.*; Trib. Nola, 17 giugno 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. S. M. Capua Vetere, 24 maggio 2011, *cit.*; Trib. Massa, 22 settembre 2011, *cit.*; App. Bari, 20 febbraio 2012, n. 140, in *Dejure*; Trib. Sassari, 7 dicembre 2012, *cit.*; Trib. Napoli, sez. fall., 14 novembre 2012, n. 308, in *Foro napoletano*, 2013, 300, con nota (critica) di NARDONE A., *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*; Trib. Salerno, sez. III, 16 aprile 2013, n. 1836, in *Dejure*; Trib. Palermo, 22 aprile 2013, n. 61, *cit.*; App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, in *Dir. fall.*, 2013, 563 ss., con nota di POSITANO G., *Il fallimento delle società «private» a partecipazione pubblica*, e in *Riv. dir. priv.*, 2014, 283 ss., con nota di CESARO L., *Le società pubbliche possono fallire: principi, regole ed eccezioni*; App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, *cit.*; Trib. Benevento, 29 agosto 2013, e Trib. Latina, 20 settembre 2013, ambedue in *ifallimentarista.it*, con nota di VIGNOLI F., *La nozione mobile di ente pubblico ex art. 1 l. fall.*; Trib. Latina, 20 settembre 2013; Trib. Nocera Inf., 21 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Siracusa, 25 novembre 2013, in *ifallimentarista.it*, con nota di ANGELI F., *Fallimento di società esercente pubblico servizio e apertura di esercizio provvisorio*; Trib. Modena, 10 gennaio 2014, *cit.*; Trib. Napoli, 29 maggio 2014, *cit.*; Trib. Palermo, 20 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, *cit.*; Trib. Parma, 24 giugno 2015, n. 7, *inedita*, che si mostra di particolare interesse avendo ad oggetto l'ammissione di una società partecipata da un Comune (ma da un passaggio del decreto emerge che l'atteggiamento del Tribunale non sarebbe stato dissimile nel caso si fosse qualificata la società in esame alla stregua di una società *in house providing*, essendo queste ultime “*assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento*”) allo strumento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis l. fall.; App. Napoli, 27 ottobre 2015, n. 214, *cit.*; Trib. Livorno n. 5/2016, *cit.*; Trib. Pescara, 28 aprile 2016, *inedita*; Trib. Taranto 8 luglio 2016, *inedita*, e App. L'Aquila, 3 novembre 2016, n. 26, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

T.u. in materia di società a partecipazione pubblica che, al primo comma, recita: “*le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo*”.

Ora, pur non intendendo sminuire l'importanza dell'esistenza di un simile dato di diritto positivo, non si può, d'altro canto, tacere che tale conclusione appariva già ricavabile – oltre che, *a contrariis*, dall'inadeguatezza delle motivazioni portate a supporto dagli indirizzi esaminati nei paragrafi precedenti – dalla tradizionale affermazione della giurisprudenza di legittimità secondo cui “*la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne posseda, in tutto o in parte, le azioni*”<sup>446</sup>; donde l'applicazione della disciplina privatistica, ivi inclusa l'assoggettabilità alle procedure concorsuali, salve le eccezioni (legislativamente previste) connesse alla partecipazione del socio pubblico. Nel senso della bontà di tale esito inclina(va), altresì, un ulteriore argomento di sicura rilevanza perché avente valenza sistematica.

Si è già accennato (v. § 2) all'esistenza di un'opzione “speciale”, consentita dall'art. 27, co. 2, lett. b-bis), del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (come modificato dal d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in l. n. 27 novembre 2008, n. 166), per l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria a favore delle “*società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali*”. In questa sede, però, di quel *corpus* normativo interessa concentrare l'attenzione sull'art. 2 che, nel delimitare l'area delle “*imprese soggette all'amministrazione straordinaria*”, ne consente l'ammissibilità alle “*imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento*”.

Invero, quel presupposto soggettivo, nonostante la diversificazione dei requisiti oggettivi e dimensionali, è rimasto pressoché identico sia a quello di cui all'art. 1 del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, conv. in l. 3 aprile 1979, n. 95, recante “*Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*”, che si riferisce a “*le imprese di cui al primo comma dell'articolo 1 della legge fallimentare*” sia a quello di cui al successivo d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39, contenente “*Misure urgenti per la ristrutturazione*”.

---

<sup>446</sup> “*In quanto*”, si motiva, “*il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società*”: così Cass., sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 81 ss., con nota di PERINI A., *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una sentenza regolatrice della giurisdizione)*. In tal senso, cfr. Cass., sez. Un., 6 giugno 1997, n. 5085, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 933; Cass., 26 agosto 1998, n. 8454, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1774; Cass., sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Giust. civ. Mass.*, 2005; Cass., sez. Un., 31 luglio 2006, n. 17287, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, e, da ultimo, Cass., sez. Un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giust. civ. Mass.*, 2015 (tutte, perlopiù, in fattispecie relative alla responsabilità o alla revoca degli amministratori di società pubbliche).



*industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*”, che, in forza dell’art. 1, si applica, per l’appunto, “*alle imprese soggette alle disposizioni sul fallimento*”<sup>447</sup>.

Anzi, avendo il legislatore del 1999 superato l’originaria impostazione della legge c.d. Prodi (la quale reputava le due procedure, amministrazione straordinaria e fallimento, l’una parallela e concorrente all’altra), non v’è chi<sup>448</sup> non veda a proposito delle due ipotesi di conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento contemplate all’art. 70 del d.lgs. n. 270, finanche, “*un’unica procedura, che inizia con la fase valutativa e poi prosegue o con le modalità del fallimento, o con le modalità dell’amministrazione straordinaria, salvo un «ritorno» alle modalità del fallimento in caso di mancata realizzazione, anche solo prospettica, del programma*”.

Certamente, non è possibile prescindere dalla diversa finalità dalla quale sembrerebbe muovere la procedura ora in commento che, seppur abbia assunto varie sfumature nei passaggi normativi sopra richiamati<sup>449</sup>, sarebbe orientata nel senso della conservazione del patrimonio produttivo “*mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*” (cfr. art. 1, d.lgs. n. 270/1999), anche a scapito delle ragioni dei creditori. In altri termini, nell’intento del legislatore dovrebbe, secondo taluni<sup>450</sup>, appurarsi, esclusivamente, la praticabilità del risanamento, che, nel caso di società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, potrebbe realizzarsi “*anche*”<sup>451</sup> tramite il ricorso ad un «*programma di cessione dei complessi di beni e contratti*».

---

<sup>447</sup> Rileva tale identità, in dottrina, VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 158.

<sup>448</sup> COSTA C., *La conversione dell’amministrazione straordinaria in fallimento ed i poteri dell’autorità giudiziaria*, in *Dir. fall.*, 2014, 1 ss., al quale si rinvia per l’analisi delle singole ipotesi normative di conversione.

<sup>449</sup> Dà conto del diverso atteggiarsi della suddivisione dei ruoli tra l’autorità giudiziaria e la pubblica amministrazione ZANICHELLI V., *L’amministrazione straordinaria*, in FAUCEGLIA G. – PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2009, 2010 ss., spec. 2010-2013.

<sup>450</sup> DI MARZIO F., voce “*Crisi d’impresa*”, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, 503 ss., spec. 531-533 (dalle quali si cita), propende per l’opinione secondo cui “*le ultime tappe legislative (e specie quella dovuta al d.l. n. 134 del 2008 e alla legge di conversione, l. n. 166 del 2008, suscitata dall’insolvenza di Alitalia), operando in senso inverso al decreto legislativo del 1999, (hanno) determinato una importante elevazione del tasso di amministrativizzazione della procedura. Il tipico vantaggio atteso dall’azione della pubblica amministrazione è una gestione maggiormente efficiente; ma quella può realizzarsi esclusivamente per la libertà dai vincoli che nelle procedure giurisdizionali presidiano le posizioni soggettive. Se poi si aggiunge l’ovvio rilievo che tale gestione della procedura afferma interessi pubblici, è facile concludere che all’amministrativizzazione si accompagna una « caduta della tutela del credito »*” (virgolettato dell’A.).

<sup>451</sup> Pare, per vero, fondato il rilievo di MAFFEI ALBERTI A., *Sub art. 27, D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. VI, Padova, 2013, 1715 ss., spec. 1719, in virtù del quale l’opzione “speciale” di cui alla lett. b-bis), co. 2, art. 27, d.lgs. n. 270/1999 “*si inserisce nel filone del «programma di cessione dei complessi aziendali» di cui alla lett. a) e non in quello del «programma di ristrutturazione» di cui alla lett. b) – e a parte l’ovvia considerazione che sarebbe, quindi, stato più opportuno inserirla sub lett. a bis) – dal suo tenore letterale parrebbe evincersi che le imprese operanti nei servizi pubblici hanno «anche» l’opzione della cessione dei singoli o contratti in luogo della cessione dell’intero complesso aziendale. Tuttavia va segnalato che questo tertium genus che consente la cessione anche di «beni e contratti» non pare comunque differenziarsi dall’ipotesi*

Inizia, per tale via, a venire in emersione uno degli aspetti, probabilmente, più critici della disciplina concorsuale delle società in mano pubblica ora introdotta, vale a dire il bilanciamento tra l'esigenza della garanzia della continuità da parte del gestore del servizio pubblico locale, la quale attinge, eminentemente, la posizione giuridica soggettiva dell'utente (v. cap. I, parte I, §4), e l'interesse dei creditori il quale, nel caso si manifesti la crisi dell'impresa, diverrebbe, secondo un Autore<sup>452</sup>, la stessa ragion d'essere dell'operare dell'azienda in continuità.

Non volendo anticipare i risultati ai quali si cercherà di approdare più innanzi, pur tuttavia appare inevitabile – atteso che l'odierno legislatore consente espressamente, ove ne ricorrano i presupposti, l'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni “*in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio, 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39*” –, svolgere qualche cenno sulla possibile composizione del conflitto cui s'accennava.

Sul punto, risulta emblematica la disposizione di cui all'art. 63, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, nella parte in cui impone, nella “*vendita di aziende in esercizio*”, che la scelta dell'acquirente tenga conto, da un lato, “*dell'ammontare del prezzo offerto, dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione da questi presentato*”, e, dall'altro, della “*garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali*”, ovvero della tutela degli interessi collettivi alla continuazione dell'attività d'impresa<sup>453</sup>.

Dall'interpretazione giurisprudenziale che di tale norma, unitamente all'art. 62 del medesimo articolato, è stata fatta<sup>454</sup>, emerge che l'alienazione dei beni dell'imprenditore – ipotesi che interessa

---

sub lett. a), che prevede la cessione dei «complessi aziendali», di cui fanno parte comunque i contratti. A ben vedere, infatti, il citato combinato disposto dell'art. 27, co. 2, lett. a) e dell'art. 73 pare consentire già il raggiungimento dello stesso obiettivo” (corsivo e virgolettato dell'A.).

<sup>452</sup> L'opinione è di RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, 917 ss., spec. 919.

<sup>453</sup> Mette in risalto la portata della citata disposizione nell'indagine volta ad individuare una soluzione del potenziale conflitto tra interessi collettivi alla prosecuzione dell'attività ed interesse dei creditori, MAFFEI ALBERTI A., *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuazione dell'attività*, in *NLCC*, 2014, 293 ss., spec. 294 – 295.

<sup>454</sup> Nella giurisprudenza di legittimità hanno avuto modo di occuparsi del problema se le disposizioni contenute negli artt. 62 e 63 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, abbiano natura imperativa, propendendo per l'opinione affermativa, Cass., sez. Un., 27 maggio 2009, n. 12247, in *www.ilcaso.it*, e, più di recente, Cass., sez. Un., 24 novembre 2015, n. 23894, in *Fall.*, 2016, 415 ss., con nota (critica) di MONTANARI M., *Giurisdizione in tema di vendite nell'Amministrazione straordinaria*. Più nello specifico, le due pronunce, al fine di risolvere la questione di giurisdizione in materia di liquidazione dell'attivo, affermano che la degradazione dei diritti soggettivi dei creditori ad interessi legittimi può aversi solo “*a fronte di valutazioni discrezionali delle Autorità competenti che normalmente dovrebbero individuarsi nella decisione di vendere i beni e nell'individuazione dell'acquirente*”, mentre, al di fuori di quel momento e dove le dette

più da vicino stante la previsione di cui all'art. 27, co. 2, lett. *b-bis*) – dovrebbe avvenire avendo di mira una pluralità di interessi: quello dei creditori, quello dei lavoratori, nonché, centrale nella procedura che occupa, l'interesse generale alla conservazione del patrimonio produttivo salvaguardando l'unità operativa dei complessi aziendali<sup>455</sup>; tale congettura troverebbe, ancor prima, riscontro nell'art. 55 che, nello stabilire i “criteri di definizione del programma”, così dispone: “*il programma è redatto sotto la vigilanza del Ministero dell'industria ed in conformità degli indirizzi di politica industriale dal medesimo adottati, in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori*” (corsivo di chi scrive).

Certamente, la riduzione dei “diritti” ad “interessi” non rivela, all'interno della procedura, un contraddittorio ad armi pari tra debitore e creditori, ma lascia almeno sperare che ad un qualche (faticoso) contemperamento dovrà pur darsi vita<sup>456</sup>. Non occorrono, guardando all'applicazione della disciplina di diritto fallimentare alle società pubbliche (specie se *in house providing*), particolari doti divinatorie per concludere che, anche in tale ipotesi, si porranno analoghe problematiche e, probabilmente, si daranno pure soluzioni consentanee. Di questo occorrerà, però, dare conto oltre.

Tralasciando, per ora, questa, seppur indispensabile, “fuga in avanti” nella trattazione, è doveroso ritornare alla sottolineatura dell'importanza sistematica del riferimento alla disciplina in materia di amministrazione straordinaria. Infatti, già prima della recente sopravvenienza legislativa è dato riscontrare – come, del resto, è stato ampiamente valorizzato nelle pronunce appartenenti al filone tipologico-privatistico<sup>457</sup> – una contraddizione nella quale s'incorrerebbe ove si seguisse l'orientamento tipologico-pubblicistico e quello funzionale: l'ordinamento, in modo del tutto

---

“Autorità competenti” debbano muovere lungo binari rigidamente determinati dal legislatore, “*i diritti soggettivi restano di regola come tali*”.

<sup>455</sup> A queste istanze di tutela v'è pure chi (NUZZO A., *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, in AGE, 2009, 105 ss.) aggiunge, sulla scorta dell'esperienza concreta, la necessità che, in generale, la gestione della crisi sia improntata, anche, a “*trasparenza e indipendenza*”.

<sup>456</sup> Di talché si ipotizza (da parte di BIANCA M., *La disciplina della crisi delle grandi imprese*, in COSTA C. (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2008, 1 ss., spec. 19) una sorta di movimento pendolare contrassegnato da “*ciclicità nella quale le fasi di affermazione della giurisdizionalità coincidono con i periodi di crescita dell'economia ... si alternano a quelli di riemersione dell'intervento amministrativo, considerato pressoché indispensabile in corrispondenza di maggiori crisi del comparto industriale, tanto da essere il più delle volte per mezzo di subitanei decreti legge*”.

<sup>457</sup> Cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, *cit.*, ripresa testualmente da Trib. Modena, 10 gennaio 2014, *cit.*, e da Trib. Palermo, 20 ottobre 2014, *cit.*; *contra* Trib. Foggia, sez. feriale, 1 settembre 2011, *cit.*, secondo cui “*nessuna modifica al d.l.vo 270/99 (è) stata apportata dal d.l.vo 28/8/2008 n. 134, conv. nella legge 27/11/2008, n. 166 (cd. Decreto Alitalia) ... Nessuna estensione o regola “generale” ha voluto statuire il legislatore, il quale ben avrebbe potuto in più occasioni (vedi anche il cd. Decreto Marzano) prendere posizione su una tematica così attuale e controversa*”.

irragionevole, collocherebbe, nonostante la dimostrata identità circa il presupposto soggettivo, al di fuori dell'area dei soggetti fallibili, i gestori di servizi pubblici (essenziali) sol perché carenti delle soglie dimensionali necessarie per accedere alla procedura di amministrazione straordinaria.

#### **4.1. (segue) La garanzia della continuità del servizio realizzata attraverso i meccanismi di allerta della crisi predisposti dal gestore.**

Se, dal punto di vista dell'assoggettabilità alle procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica, il legislatore pare essersi limitato a "codificare" un risultato ormai acquisito in buona parte della dottrina e della giurisprudenza, di notevole interesse si appalesa il secondo comma dell'art. 14 prima citato, letto in combinato con l'art. 6 dello stesso T.u.

Recependo un'istanza avanzata ciclicamente dai cultori del diritto fallimentare a partire dagli anni 2000<sup>458</sup>, il legislatore del 2016 sembrerebbe aver dotato la società in mano pubblica di un strumento che, in concreto, consentirà l'anticipazione della crisi, probabilmente stemperando, nel caso di corretto funzionamento, la problematica relativa al conflitto d'interessi che prima si è enucleato.

Più nel dettaglio, si mira ad anticipare la reazione alla crisi attraverso l'obbligo<sup>459</sup> – gravante, a quanto pare, esclusivamente sulle società "a controllo pubblico"<sup>460</sup> – di predisporre "specifici

---

<sup>458</sup> Sulla necessità di muoversi "nell'ottica di una procedura unitaria per la gestione delle crisi di impresa che sia capace di intervenire tempestivamente, quando il male non sia divenuto cronico ed irreversibile" v. già FORTUNATO S., *Contabilità e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1998, 524 ss.; in una prospettiva *de iure condendo* si possono, in passato, citare: DE FERRA G., *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, 193 ss., poi (con riferimento al d.d.l. Trevisanato di riforma organica delle procedure concorsuali) ID., *La riforma societaria e gli istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, 470 ss.; (sempre con riguardo al d.d.l. citato) FABIANI M., *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2004, 825 ss., e, infine, anche con uno sguardo alle soluzioni di diritto comparato FAUCEGLIA G., *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Fall.*, 2009, 14 ss. Non a caso, nello schema di d.d.l. recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" presentato dal Governo alla stampa in data 11 febbraio 2016, in *Fall.*, 2016, 253 ss., con osservazioni di FABIANI M., *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, l'art. 4 fa menzione circa la necessità di prevedere "procedure di allerta e composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate ad incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori". Un mese dopo quello schema è stato tradotto in Atto della Camera come disegno di legge (A.C. n. 3671 del 11 marzo 2016) ed ha, successivamente, subito lo stralcio dell'art. 15 relativo all'amministrazione straordinaria.

<sup>459</sup> La formulazione dell'art. 6, co. 2, T.u. partecipate conduce a ritenere, soprattutto se raffrontata a quella di cui al successivo terzo comma ("le società a controllo pubblico valutano l'opportunità di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, gli strumenti di governo societario", corsivo di chi scrive), che esso sia dotato di *vis precettiva*.

<sup>460</sup> Sia consentito osservare che il legislatore del 2016 ha circoscritto l'adozione (che sembrerebbe obbligatoria) degli "specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale", per l'appunto, alle sole "società a controllo

*programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale*” i quali dovrebbero facilitare l’attivazione, nell’ipotesi in cui dai medesimi emergano indicatori di crisi aziendale, di un “*idoneo piano di risanamento*” che consenta di evitare l’aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti e di eliminarne le cause.

Non è possibile indugiare, per ovvie ragioni, nella ricerca dei parametri in grado di rivelare l’operare di determinate cause di crisi, essendo necessario, in argomento, rinviare alla letteratura aziendalistica che, finora, si è sviluppata<sup>461</sup>; lo sguardo può, invece, volgersi agli svariati profili più propriamente giuridici che vengono in rilievo.

Innanzitutto, l’art. 6, co. 2, T.u. partecipate evidenzia un *deficit* a livello di attribuzione della competenza a redigere e, poi, approvare il predetto programma di valutazione del rischio di crisi aziendale. Rispetto alla precedente versione dello schema di decreto legislativo<sup>462</sup>, quella attualmente vigente si caratterizza per un generico riferimento alle società a controllo pubblico senza identificazione dell’organo competente ad adottarlo. Al riguardo, sembrerebbe più plausibile ritenere che l’adozione del programma in discorso spetti all’organo amministrativo<sup>463</sup>: non

---

pubblico” e non, più in generale, a quelle “a partecipazione pubblica”, cui è dedicato il T.u. Escludendosi che si sia trattato di una mera dimenticanza e/o difetto di coordinamento, potrebbe ritenersi che, in ogni caso, tali programmi debbano essere adottati dalle società a partecipazione pubblica che siano anche a controllo pubblico (v. art. 3, co. 1, lett. n), mentre per le “*altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico*” dovrebbe auspicarsi l’adozione in via facoltativa.

<sup>461</sup> Volendo sintetizzare, la dottrina aziendalistica (ODCEC, SAF, *La crisi d’impresa. L’attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67, comma 3, lettera d) L.F.*, Quaderni n. 27, 2010, spec. 23 ss.) ha messo in luce come nel concetto generale di crisi aziendale, possono riconoscersi diversi stadi — debolezza economico-finanziaria, tensione nei flussi di cassa, crisi reddituale, crisi patrimoniale finanziaria — e diverse manifestazioni —, crisi temporanea, crisi stabile ma reversibile, dissesto irreversibile. Ruolo centrale dovrebbero assumere, per l’appunto, i segnali premonitori, in particolare “*i sintomi di tensione finanziaria, che possono essere indicatori di crisi finanziarie a carattere temporaneo, nelle quali interventi sia endogeni sia esogeni possono consentire di superare l’asincronia dei flussi di gestione corrente e consentire il riequilibrio finanziario senza conseguenze patrimoniali di rilievo*”.

Si rileva, più precisamente, che “*la crisi può essere economica, per obsolescenza del prodotto, inefficienze gestionali, rigidità delle strutture produttive, carenza di programmazione, deficit di innovazione oppure finanziaria-patrimoniale, per squilibrio delle fonti di finanziamento, eccesso di dipendenza del capitale di terzi, eccesso di debiti*”.

Sul tema, nell’ambito dell’essenziale bibliografia consultata, cfr., con particolare riguardo al fenomeno delle partecipazioni statali, RUSSO P., *Crisi e risanamento nelle imprese a partecipazione statale*, EGEA ed., Milano, 1991, spec. 127 ss., e, più in generale, DANОВI A., INDIZIO G., *Crisi d’impresa*, in DANОВI A., QUAGLI A. (a cura di), *Crisi aziendali e processi di risanamento. Modelli interpretativi, prevenzione e gestione della crisi d’impresa, casi aziendali*, III ed., Ipsoa, Milano, 2012, 5 ss.

<sup>462</sup> Il riferimento è all’art. 6, co. 2, dello schema di decreto legislativo recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri in data 20 gennaio 2016 che così era formulato: “*le società a controllo pubblico adottano con deliberazione assembleare, su proposta dell’organo amministrativo, specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale*” (corsivo di chi scrive).

<sup>463</sup> Pur non prendendo espressamente in esame la redazione di un specifico programma di valutazione del rischio di crisi aziendale, BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015,

potrebbe, in effetti, trovare una diversa spiegazione la previsione di cui al medesimo art. 6, co. 2, che, immediatamente dopo, aggiunge “*ne informano* (le società a controllo pubblico, *nda*) *l’assemblea nell’ambito della relazione di cui al comma 4*”; non avrebbe, altrimenti, alcun senso informare un organo, in specie quello assembleare, coinvolto, a vario titolo, nell’adozione.

Meritevole, per vero, di maggior riflessione appare il riferimento alla “*relazione di cui al comma 4*” contenuto nella norma ora citata, vale a dire la *relazione sul governo societario*, da predisporre annualmente, “*a chiusura dell’esercizio sociale*”, e da pubblicare contestualmente al bilancio. Potendosi leggere, anche in quest’altra prescrizione, l’indefinito richiamo alle “*società controllate*” nel senso di attribuirvi la predisposizione alla competenza dell’organo amministrativo, è possibile, per il resto, sollevare almeno due interrogativi: a) quale sia il rapporto tra questo documento e il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale; b) se tale relazione non sia espressione di una più generale *voluntas* del legislatore della riforma di estendere alle società in controllo pubblico un sistema di controlli (interni)<sup>464</sup> che consenta l’identificazione e la gestione dei principali rischi aziendali.

Con riguardo al quesito *sub a*), sembra, con buona probabilità, potersi propendere per l’interpretazione della (seppur ampia) formula “*nell’ambito della relazione di cui al comma 4*” nel senso che il programma di valutazione del rischio di crisi sia destinato a figurare o come una sezione della relazione sul governo societario o come un documento distinto ma pubblicato congiuntamente a quest’ultima.

In termini non dissimili, venendo, così, alla soluzione del secondo interrogativo appena posto, dovrebbe porsi il nesso tra la relazione sul governo societario e la relazione sulla gestione che deve accompagnare il bilancio ai sensi dell’art. 2428 c.c.<sup>465</sup>. Si tratterebbe, in particolare, di un ulteriore

---

196 ss., spec. 209, individua un vero e proprio obbligo gravante sugli amministratori di “*continuo monitoraggio non solo della situazione patrimoniale ed economica della società, anche di quella finanziaria, finalizzato ad effettuare previsioni sull’evoluzione della dinamica reddituale e finanziaria dell’attività d’impresa, a loro volta oggetto di piani strategici, industriali e finanziari della società (arg. ex art. 2381, comma 3, c.c.; art. 1.C.1, lett. a) codice di autodisciplina delle società quotate). Di talché non sembra disagevole desumere che il dovere di predisporre assetti adeguati ricomprenda anche quello di istituire apparati in grado di svolgere periodicamente la programmazione e il monitoraggio tanto della situazione patrimoniale che di quella finanziaria, e dunque di verificare la sostenibilità nel tempo dell’attività d’impresa*”.

<sup>464</sup> Con tale espressione s’intendono, secondo la distinzione proposta da PRESTI G., *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Egea ed., Milano, 2010, 141 ss., i “*controlli di impresa*” (controlli di linea, controlli di secondo livello, cioè *risk management* e *compliance*, e il c.d. terzo livello, l’*internal audit*), da tenersi distinti dai “*controlli societari*” i quali sarebbero “*esterni all’impresa nella sua linea gerarchica e alla sua gestione, che ne è semmai l’oggetto*”.

<sup>465</sup> Nella relazione illustrativa al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, si specifica, non casualmente, che il Governo non ha ritenuto di accogliere la proposta di emendamento avanzata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome la quale mirava a “*riportare all’interno della relazione sulla gestione le indicazioni o le giustificazioni richieste in*

adempimento informativo che l'odierno legislatore avrebbe imposto alle “*società controllate*” in coerenza con le peculiarità dettate dalla disciplina del T.u.

Tale relazione dovrebbe, partitamente, costituire un momento decisivo, per dir così, di *disclosure* circa la scelta di implementare la struttura organizzativa delle predette società: basti, sul punto, pensare alla motivazione, in essa contenuta, relativa all'opportunità<sup>466</sup> di “*integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, gli strumenti di governo societario*” con tutt'una serie di regolamenti, codici di condotta, programmi di responsabilità sociale di impresa, ed anche, per quel che qui interessa, di un “*ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale*”<sup>467</sup>.

A proposito di quest'ultimo organo, l'esame dei compiti espressamente assegnatigli (riscontrare *tempestivamente* le richieste provenienti dall'organo di controllo statutario e trasmettere a quest'ultimo *relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione*) conduce a ritenere che si debba trattare proprio di un'articolazione del controllo (interno) riferibile alla funzione amministrativa<sup>468</sup>, confortando, altresì, nell'illazione relativa alla possibilità di costruire, soprattutto nel caso si opti per una forma societaria maggiormente spersonalizzata (segnatamente, la s.p.a.), un sistema di controlli interni.

D'altro canto, in un tale sistema, un'efficace verifica del corretto funzionamento della funzione di *risk management* potrebbe, pure, consentire, sebbene i due profili appaiano tenuti distinti dall'art. 6 citato, di censire i rischi tipici della specifica impresa ed individuare gli indicatori di allerta per

---

*ordine all'utilizzo o meno degli strumenti di governance previsti, da evidenziarsi in apposita sezione*”. Il testo completo delle Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica è reperibile sul sito istituzionale della Conferenza Unificata.

<sup>466</sup> Dal co. 5 dell'art. 6 citato, essendo necessario il rispetto dell'obbligo motivazionale anche nell'ipotesi in cui “*le società a controllo pubblico non integrino gli strumenti di governo societario con quelli di cui al comma 3*”, si ricava una decisiva spinta del legislatore nel senso dell'adozione dei predetti strumenti.

<sup>467</sup> In generale, sul problema dell'estensibilità alle società pubbliche dell'obbligo di adozione di assetti adeguati cfr. già DE GREGORIS L., *Corporate Governance e obbligo di adozione di assetti adeguati*, in *Dir. econ.*, 2012, 47 ss.

<sup>468</sup> Sul punto, seppur nell'ambito delle società quotate, pare sufficiente richiamare le riflessioni di FORTUNATO S., *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.)*, in *Riv. soc.*, 2015, 253 ss., spec. 264: “*la strutturazione del sistema di controllo interno — come pure si desume dal Coso Report — è innanzitutto e in primo luogo in funzione della più proficua, efficace ed efficiente gestione dell'affare. Il che spiega perché il sistema di controllo interno dipenda gerarchicamente dall'organo amministrativo e debba a questo in ultima istanza riferirsi, anche laddove dovesse sussistere un amministratore delegato o un comitato, come l'Audit Committee, che ne assume la più diretta responsabilità organizzativa. A quest'ordine di idee è da ascrivere anche l'Internal Auditing. Ma si tratta, ribadisco, di articolazioni del controllo interno tutte riferibili alla funzione amministrativa in senso stretto e che, se possono aspirare al vertice ad una indipendenza dagli organi gestori esecutivi, di certo non possono aspirarvi rispetto all'organo amministrativo nel suo plenum*” (corsivi dell'A.).

singoli rischi o aree di rischio<sup>469</sup>, predisponendo, come voluto dal legislatore del T.u., i meccanismi più adeguati di reazione alla crisi<sup>470</sup>.

Strettamente collegata all'emersione dei segnali premonitori della crisi, è, come si diceva, la tempestiva predisposizione di un “*idoneo piano di risanamento*” la cui adozione, non casualmente, è rimessa all'organo amministrativo. A tal uopo, l'art. 14, del quale ora conviene occuparci, raggruppa sotto l'ampia dizione *piano di risanamento* almeno tre categorie di provvedimenti: quelli necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, quelli volti a correggerne gli effetti e, infine, quelli che dovrebbero eliminarne le cause.

Capovolgendo l'ordine in cui il legislatore pone questi ultimi, atteso che la prospettiva dalla quale si muove appare essere quella di tipo preventivo, sembrerebbe che ad essi corrispondano differenti momenti di epifania dello stato di crisi: in un graduale crescendo di intensità della patologia si potrebbe, nel caso si intervenga tempestivamente, agire sulle cause, quando queste abbiano già prodotto alcuni effetti, occorrerà, invece, “correggerli”, non trascurando l'eventuale azione sulle cause, e se, infine, si vuole “prevenire” l'aggravamento sarà necessario rimuovere o ridurre gli effetti e, per consentire la permanenza in vita dell'organismo produttivo, anche provare ad adoperarsi sulle cause.

A tale distinzione potrebbe, conseguentemente, farsi corrispondere un diverso contenuto del piano. A meno che non si tratti di crisi congiunturali che abbiano inciso sul settore d'attività dell'impresa (il che appare difficile considerando la peculiare natura dell'attività svolta dal gestore), è frequente che la scaturigine della crisi risieda in aspetti industriali e organizzativi i quali potrebbero risolversi facendo esclusivo ricorso ad iniziative di tipo endogeno. A titolo esemplificativo, si possono citare: la razionalizzazione dei costi, l'efficientamento della struttura

---

<sup>469</sup> In dottrina, propende per l'opinione che “*gli assetti organizzativi e i sistemi di controllo siano adeguati non solo to a going concern, ma altresì ad una efficace, completa, puntuale e tempestiva rilevazione dei segnali di crisi*” (corsivo dell'A.), MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss., ma v. già ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 535 ss.; da ultimo, cfr., anche, BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, *cit.*, 209-210, il quale, in senso conforme a quanto detto nel testo, sottolinea che “*la diagnosi tempestiva della crisi, eseguita attraverso la verifica dell'adeguatezza patrimoniale della società e la disamina dei segnali premonitori, può costituire oggetto del sistema del controllo interno, rappresentando in particolare una funzione di risk management, ed in ultima analisi discendere dallo stesso dovere di agire in modo informato che grava su tutti gli amministratori (art. 2381, comma 6, c.c.). Peraltro, in caso di amministrazione delegata, il riconoscimento tempestivo dei predetti segnali non sembra costituire appannaggio esclusivo dei soli amministratori esecutivi, rientrando, piuttosto, anche nei compiti di supervisione di quelli non esecutivi*”.

<sup>470</sup> Per un'approfondita disamina degli indicatori segnaletici riferiti ai programmi di valutazione del rischio di crisi previsti dal TUSPP v. TISCINI R. – LISI P., *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in FIMMANÒ F. – CATRICALÀ A., *Le società pubbliche*, Giapeto ed., Napoli, 2016, 793 ss.



produttiva oppure – ma si tratta di una soluzione difficilmente praticabile per le società che occupano, stante la rigida delimitazione dell’oggetto sociale posta dall’art. 4, T.u. partecipate – la dismissione delle attività non funzionali al *core business*.

Dall’area della gestione industriale, nel caso in cui non si riesca ad intervenire sollecitamente, l’infezione potrebbe, inevitabilmente, promanare all’area, in senso ampio, finanziaria, producendo insolvenze. In corrispondenza di una crisi finanziaria o di una crisi (industriale) che produca anche una crisi finanziaria, dovrebbe, innanzitutto, stabilirsi l’entità di quest’ultima: se manifestatasi in maniera, comunque, “lieve”<sup>471</sup>, l’idoneo piano di risanamento, oggetto della norma scrutinata, potrebbe assumere le sembianze di un vero e proprio piano attestato di risanamento contemplato dall’art. 67, co. 3, lett. d), 1. fall.

D’altronde, la finalità di quest’ultimo consiste, specificamente, nel perseguire il risanamento della *esposizione debitoria dell’impresa* e ad assicurare il *riequilibrio della sua situazione finanziaria*, con la garanzia, nel caso in cui il piano fallisca tali obiettivi, della stabilizzazione degli atti posti in essere in sua esecuzione e la preclusione della loro revoca (nonché l’esenzione dai reati di bancarotta *ex art. 217-bis* 1. fall.).

Venendo, immediatamente, ai profili contenutistici che il piano in discorso potrebbe presentare in ragione delle peculiarità della disciplina in esame, il primo dei presupposti appena individuati, secondo la dottrina di settore<sup>472</sup>, lascerebbe pensare a due distinte modalità di intervento: il *risanamento* si concreterebbe, infatti, in interventi “esterni”, quali il consolidamento dei debiti riconducibile all’impegno a non richiederne la restituzione prima di un termine prestabilito da parte dei creditori oppure la riduzione per un periodo più o meno lungo del tasso di interesse<sup>473</sup>, e/o

---

<sup>471</sup> Tra gli Autori che assumono quale presupposto del ricorso al piano attestato di risanamento *ex art. 67, co. 3, lett. d), 1. fall.* una situazione di crisi non grave, anzi lieve, è possibile menzionare: MEO G., *I piani di “risanamento” previsti dall’art. 67, 1. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, 30 ss.; LOMBARDI G., BELTRAMI P. D., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un’impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, 713 ss.; RANALLI R., *La scelta dello strumento di risanamento in relazione alla diagnosi e agli indicatori della crisi d’impresa*, in FABIANI M., GUIOTTO A. (a cura di), *Conservazione dell’impresa e tutela dei crediti nelle crisi aziendali*, Eutekne ed., Torino, 2015, 17 ss.; per l’esistenza anche di opinioni di diverso segno v., da ultimo, il dibattito di cui dà conto FALCONE G., *I piani di risanamento attestati nella «gestione privatistica dell’insolvenza»*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, 2039 ss., spec. 2043.

<sup>472</sup> Il riferimento, in materia, non può che essere a FERRO M., *Sub art. 67, co. 3, lett. d), 1. fall.*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, III ed., Padova, 2014, 899 ss.

<sup>473</sup> Certamente, nel caso in cui l’organo amministrativo intenda intraprendere la via della rinegoziazione dei debiti secondo le modalità predette, appare – benché non si ignorino, in punto, i diversi esiti cui ha dato luogo la frattura creatasi in dottrina relativamente alla natura negoziale o meno del piano in discorso (per limitarsi ad una bibliografia essenziale: MACARIO F., *Insolvenza, crisi d’impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 102 ss., che lo fa rientrare all’interno della categoria degli “accordi per il superamento della crisi di impresa”; per CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi*

“interni”, consistenti, sostanzialmente, in quelli ora visti a proposito dei rimedi apprestabili in caso di crisi di tipo industriale<sup>474</sup>. Per tale via, potrebbe realizzarsi il ritorno ad una situazione di *riequilibrio* finanziario, ovvero una situazione “*nella quale i debiti risultano fronteggiati, per entità e per scadenza, da corrispondenti crediti verso clienti o altre fonti di liquidità*”<sup>475</sup>.

Al fine del superamento di questo stadio della fase di crisi, dovrebbe, per altro verso, escludersi che possano prevedersi, all’interno del piano, il *ripianamento* di eventuali perdite, nel frattempo maturate, da parte dell’amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie “*anche se attuato in concomitanza ad un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica*”. In sostanza, la norma, segnatamente il successivo quarto comma dell’art. 14, non sembrerebbe autorizzare simili operazioni – non reputandole *provvedimenti adeguati* – quando l’orizzonte nel quale s’intende agire è quello più congegnale all’adozione di un piano di risanamento, vale a dire il breve periodo<sup>476</sup>.

---

*d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in Banca, borsa e tit. credito, 2010, 295 ss., spec. 299, “*la natura contrattuale è una delle strutturazioni possibili ... nulla vieta che il piano si configuri come un mero programma, come mera manifestazione d'intenti neppure riconducibile al paradigma negoziale foss'anche unilaterale*”; secondo LO CASCIO G., *Il piano attestato di risanamento*, in DI MARZIO F. (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 257 ss., “*il piano può assumere contenuto di atto unilaterale e può attrarre nella sua sfera giuridica soggetti diversi da coloro che sono tradizionalmente i creditori concorsuali*”; ad avviso di FALCONE G., *I piani di risanamento attestati nella «gestione privatistica dell'insolvenza»*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, cit., 2045, “*il piano (a differenza dell'istituto di cui all'art. 182-bis) non è necessariamente consacrato in un accordo con i debitori, ben potendo essere unilateralmente determinato, ancorché nella maggior parte dei casi saranno stipulati anche accordi con i creditori*”; analogamente AMBROSINI S., AIELLO M., *I piani attestati di risanamento*, in PANZANI L. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Padova, 2014, 829 ss.: “*nonostante la norma s'incentri sul business plan elaborato dall'imprenditore, a ben vedere lo strumento di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall. non solo non esclude, ma addirittura presuppone – benché implicitamente – un momento contrattuale, tanto che di regola il piano si traduce in vero e proprio accordo di risanamento e, come tale, si inserisce a pieno titolo nel novero delle soluzioni negoziali della crisi*”) – inevitabile la partecipazione dei debitori medesimi.

<sup>474</sup> Invece, non sembra, salvo quanto si preciserà *infra sub* § 5, praticabile la soluzione, tra gli interventi interni, di una cessione - in forza di un piano parzialmente liquidatorio (sulla problematica dell'ammissibilità di un piano di risanamento totalmente liquidatorio cfr., tra gli altri, AMBROSINI S., AIELLO M., *I piani attestati di risanamento*, in PANZANI L. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 838) - di cespiti non essenziali.

<sup>475</sup> Così FERRO M., *Sub art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 900.

<sup>476</sup> Va, in ogni caso, dato atto che, secondo la dottrina aziendalistica (v. RUTIGLIANO M., *Equilibrio economico e finanziario di impresa, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in RUTIGLIANO M. (a cura di), *Superare la crisi con i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un primo bilancio*, Milano, 2010, 1 ss., spec. 5-6), risulta, anche con riguardo al piano di risanamento *ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.*, scarsamente plausibile il conseguimento di un obiettivo di risanamento sotto il profilo finanziario in presenza di un perdurante squilibrio di natura economica. Infatti, anche il piano appena richiamato costituirebbe “*uno speciale momento di programmazione economica e finanziaria, destinata ad accertare, ben oltre la letteralità della norma ed il richiamo al solo profilo finanziario, le prospettive complessive dinamiche reddituali, patrimoniali e finanziarie dell'impresa*

Tale interpretazione non trova smentita nella possibilità, riconosciuta dal secondo periodo del quinto comma della norma in commento, di prevedere, comunque, nel *piano di risanamento* il ricorso ai *trasferimenti straordinari* predetti purché ciò abbia luogo in occasione della stipula di “*convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse*”, ovvero della *realizzazione di investimenti*, e il piano medesimo venga approvato dall’Autorità di regolazione di settore (se esistente) e comunicato alla Corte dei conti.

Si tratta di una deroga che potrebbe giustificarsi in virtù delle peculiari caratteristiche dei servizi cui il piano si rivolge – probabilmente, come denota l’espressione utilizzata dal legislatore (*servizi di pubblico interesse*), il riferimento sarebbe a quei servizi che non sono suscettibili di essere gestiti, esclusivamente, in regime di impresa, ma che attengono, in ogni caso, ai bisogni primari del cittadino e, dunque, vanno pur sempre garantiti – o della necessità che la pubblica amministrazione socia intenda finanziare la realizzazione di infrastrutture. In tali casi, il raggiungimento dell’*equilibrio finanziario* non sarebbe deluso ma soltanto differito nel tempo (entro tre anni).

Diverso sarebbe l’atteggiamento legislativo nel caso in cui sia necessario, probabilmente in una prospettiva temporale di medio periodo, recuperare l’*equilibrio economico delle attività svolte*, ovvero la capacità dell’impresa di generare, sistematicamente, un risultato economico positivo: in tale situazione, l’organo amministrativo sarebbe chiamato a predisporre non già un piano di risanamento ma un *piano di ristrutturazione aziendale* che, oltre a comprovare la sussistenza delle *concrete prospettive* di raggiungimento del predetto equilibrio, indichi la strategia, anche tra quelle prima menzionate (p.e., un aumento di capitale), più idonea ad assicurare un simile risultato.

Emerge, chiaramente, che il piano di risanamento o il piano di ristrutturazione sin qui descritti sono funzionali a consentire, sul versante del soggetto/gestore, la continuità aziendale e, su quello dell’attività, la regolarità del servizio; d’altro canto, dall’esame del primo periodo del comma quinto citato si ricava che quelle operazioni consentite in un caso (*piano di ristrutturazione aziendale*) ed escluse, fatta salva la detta eccezione, nell’altro (*piano di risanamento*) non possano rappresentare il viatico per mantenere in vita un organismo produttivo ormai decotto.

Non a caso, si prevede che “*le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*” non possono “*effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per*

---

sull’orizzonte di pianificazione. E ciò significa ammettere ... che un piano di risanamento ... presuppone una positiva valutazione prospettica circa la dinamica degli equilibri economici, oltretutto di quelli finanziari”.

*il ripianamento di perdite anche infrannuali*<sup>477</sup>. Tale divieto, per espressa previsione, non opera, però, nell'ipotesi in cui l'aumento del capitale sociale derivi da una ricapitalizzazione ex artt. 2447 e 2482-ter c.c.<sup>478</sup> oppure i trasferimenti straordinari abbiano come beneficiari società quotate e istituti di credito.

In simili limitazioni si rinviene, in definitiva, una conferma delle posizioni assunte sino a questo momento: l'adozione, nel T.u. in materia di società partecipate (e nello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale), di una prospettiva di tipo pro-concorrenziale allontana il perpetuarsi di fenomeni distorsivi degli equilibri concorrenziali, principalmente il "finanziamento" *ad libitum* delle società partecipate o controllate, dovendosi, al contrario, garantire la parità tra gli operatori (pubblici e privati) che agiscono sul medesimo mercato (in osservanza, del resto, al disposto del più volte citato art. 106 TFUE)<sup>479</sup>.

Certamente, non può tacersi che una norma di analogo tenore a quella del primo periodo del quinto comma dell'art. 14 già si ritrova nel comma 19 dell'art. 6, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122 (mod., da ultimo, dall'art. 1, co. 740, l. 28 dicembre 2015, n. 208, legge

---

<sup>477</sup> Questa previsione va coordinata con quella contenuta nell'art. 21 del medesimo Testo unico nella parte in cui impone alle amministrazioni pubbliche socie di società che presentino un risultato d'esercizio negativo: di accantonare, nel caso dell'adozione di un sistema di contabilità prettamente finanziaria, un fondo vincolato a potenziale copertura di detto *deficit* reddituale; nell'ipotesi di adozione della contabilità civilistica, di adeguare, invece, 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 un commento e un raffronto con l'art. 1, co. 550 ss. l. 27 dicembre 2013, n. 147 del quale l'art. 21 in esame costituisce una riproposizione, v. EBERLE C., *Le società pubbliche e il testo unico sulle partecipate. Appunti per un primo inquadramento dogmatico, per alcuni profili operativi anche con riferimento alle possibili interferenze con il diritto societario e della crisi d'impresa*, Padova, 2016, 133 ss.

<sup>478</sup> Effettivamente, come sottolineato da D'ATTORRE G., *La crisi nelle società a partecipazione pubblica*, in FIMMANÒ F. – CATRICALÀ A., *Le società pubbliche*, cit., 673 ss., spec. 683, *"non è chiaro perché siano libere da vincoli le sottoscrizioni ed i relativi versamenti di aumento di capitale quando ricorre la condizione della perdita del capitale sociale ex art. 2447 e 2482-ter c.c. e siano invece sottoposte a stringenti limiti quando il capitale sociale non sia ancora andato perduto. Se la ratio è quella di evitare interventi a fondo perduto in situazioni di crisi strutturale, è contraddittorio consentire, senza alcun limite, tali interventi quando la crisi è più grave (capitale sociale perduto) e vietarli quando la crisi è meno grave; la sottoscrizione ed il versamento di un aumento di capitale per ripristinare il minimo legale non è – si badi – un obbligo a carico del socio, così non si vede perché consentire un trattamento differenziato e di «favore» in questa situazione"* (virgolettato dell'A.).

<sup>479</sup> Di questo appare particolarmente consapevole, tra gli altri, Trib. Pescara, 28 aprile 2016, cit., nella parte in cui motiva che dalla scelta di esonero dal fallimento delle società in mano pubblica, partitamente *in house providing*, deriverebbe, per un verso, *"la deresponsabilizzazione degli organi di amministrazione della società controllata e dell'ente controllante per le perdite realizzate dalla società in conseguenza di scelte antieconomiche non conformi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale"*, per l'altro, si produrrebbe *"la totale traslazione sulla finanza pubblica delle perdite prodotte dalla mala gestione degli amministratori eterodiretti e di quelli che dirigono, anziché sul mercato, come dovrebbe essere per tutte le imprese che sul mercato operano"*.

di stabilità 2016)<sup>480</sup>, e che, poco prima del varo della riforma organica della disciplina in materia di società partecipate, la medesima era stata letta come un *ostacolo* ad una *ordinaria* gestione pre-crisi strumentale a superare la stessa proprio “*attraverso una delle operazioni («normali» per le società con soci privati ma) vietate alle società a partecipazione pubblica*”<sup>481</sup>.

Attualmente, sarebbe possibile accedere, invece, ad un’opposta spiegazione: in considerazione dell’equi ordinazione rispetto a quelle private, le società a partecipazione e in controllo pubblico vengono dotate degli stessi strumenti (o addirittura migliori) di allerta e gestione della crisi; pertanto, ove questi non funzionino correttamente e/o manchino quelle prospettive di recupero dell’equilibrio finanziario o, in una prospettiva di più lungo termine, dell’equilibrio economico sopra descritte, l’esito non potrà che consistere nell’espulsione di quel soggetto, sebbene a controllo o a partecipazione pubblica, dal mercato<sup>482</sup>.

Così congegnata, la disciplina della crisi delle società a partecipazione pubblica sembrerebbe, almeno sulla carta, immune da rilievi critici; eppure, volendone enucleare uno, non è possibile astenersi dal porre in collegamento quest’ultima con quella in materia di *governance* delle medesime società che è stata fatta oggetto di analisi nel corso del primo capitolo (v. parte II, §§ 2 e 4). A ben riflettere, infatti, il legislatore ha previsto (all’art. 16, co. 2, lett. a, ma analoga possibilità è concessa alle società miste) che “*gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell’articolo 2380-bis c.c.*” e si è detto che il legislatore parrebbe, per tale via, aver rimosso uno dei limiti alla realizzazione del controllo analogo attraverso i meccanismi di *governance* interni alle società azionarie.

---

<sup>480</sup> Non casualmente, come rileva GUERRERA F., *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 775 ss. (si rinvia, specialmente, a pag. 784, nt. 14, per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali), tale norma è stata già interpretata dalla giurisprudenza di controllo nel senso dell’imposizione di un divieto di soccorso finanziario agli organismi in stato di dissesto e di un freno agli interventi volti a coprirne le perdite strutturali, aventi un impatto negativo sui bilanci degli enti pubblici, idonei a comprometterne la sana gestione finanziaria.

<sup>481</sup> Tale lettura viene proposta, in dottrina, da DEMURO I., *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, in *AGE*, 2015, 557 ss., spec. 569 ove spiega che “*è evidente che tali limitazioni, previste per società identificate per l’oggetto sociale (affidatarie di servizi pubblici o strumentali alle amministrazioni pubbliche partecipanti) o individuate in relazione alla totalità del capitale pubblico, se hanno la loro ragion d’essere in un’ottica di attività in bonis, in quanto volte a tutelare la concorrenza, limitando l’espansionismo dell’impresa pubblica, ed a contenere la spesa pubblica, in situazioni di pre-crisi rischiano di essere un forte ostacolo, con conseguenze anche sul mercato, a «normali» scelte imprenditoriali e aziendalistiche finalizzate a (cercare di) evitare l’insolvenza e il conseguente fallimento della società*” (virgolettato dell’A.).

<sup>482</sup> Quasi in una logica sanzionatoria, il co. 6 dell’art. 16, T.u. partecipate, così dispone: “*nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita*”.

Ora, non ci s'inganna, probabilmente, se si intravede – atteso il dovere posto in capo agli amministratori di assumere idonee iniziative per la prevenzione e, in caso di cattivo esito di questa, per la gestione della crisi o dell'insolvenza – proprio su questo terreno uno dei momenti di frizione più acuta tra gestione e proprietà. Nell'ipotesi in cui quest'ultima si muova, o perseveri nel muoversi, secondo logiche assistenziali o di segno diverso rispetto a quelle tipicamente aziendali, impartendo direttive di siffatto tenore all'amministratore, quest'ultimo potrebbe, per comprensibili ragioni, indugiare nell'attivazione di quei meccanismi di risanamento che sono stati ora descritti, cronicizzando lo stato di crisi.

In tale prospettiva, la previsione di cui al co. 3 della norma in commento dovrebbe, allora, così decifrarsi: l'eventuale inerzia dell'organo gestorio nell'adozione di *provvedimenti adeguati* verrebbe qualificata *ex lege* come una irregolarità *grave*, autorizzando, in tal modo, l'attivazione del procedimento previsto dall'articolo 2409 del codice civile.

Va, in conclusione, segnalato che un simile meccanismo e le limitazioni ai trasferimenti da parte della pubblica amministrazione socia sino a questo momento indagati non opereranno quando sia la stessa p.a. ad innescare un procedimento autorizzatorio abbastanza complesso<sup>483</sup> – tanto da far prevedere un sicuro aggravamento, nel frattempo, dello stato di crisi della società<sup>484</sup> – che, in special modo, miri a *salvaguardare*, non a caso, la *continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse* quando si verifichino *gravi pericoli per la sicurezza pubblica*.

## **5. Le deviazioni applicabili alle società pubbliche rispetto alla normativa di diritto fallimentare: il problema dei beni pubblici.**

Prima di accingersi ad esaminare gli ulteriori strumenti, endofallimentari e concordatari, che, accanto al *piano di risanamento* e al *piano di ristrutturazione aziendale* già esaminati, potrebbero consentire, nella prospettiva di ricerca intrapresa, la garanzia della continuità del servizio pubblico locale, occorre soffermarsi, tra le possibili deviazioni applicabili alle società pubbliche rispetto alla

---

<sup>483</sup> Occorrerà, infatti, un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato “*su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti*”.

<sup>484</sup> Questa è, pure, l'opinione di DEMURO I., *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, cit., 568-569, quando a proposito della speculare autorizzazione prevista dal citato art. 6, co. 19, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, osserva che “*se astrattamente l'intervento finanziario pubblico potrebbe essere utilizzato per evitare o superare lo stato di crisi della società partecipata, nel concreto l'articolata procedura per ottenere l'autorizzazione all'eccezione, il conseguente protrarsi del tempo nonché le note ristrettezze finanziarie delle pubbliche amministrazioni partecipanti alla società potrebbero rendere l'intervento finanziario del socio pubblico, oltreché incerto, anche non tempestivo, determinando un sicuro aggravamento dello stato di crisi della società*”.

normativa di diritto fallimentare<sup>485</sup>, sulla natura dei beni che l'ente locale pone "a disposizione" del gestore al fine dell'espletamento del servizio oggetto di affidamento.

Infatti, è ricorrente – finanche nella giurisprudenza<sup>486</sup> e nella dottrina<sup>487</sup> che prestano adesione all'opzione interpretativa qui privilegiata (quella tipologico-privatistica) – l'affermazione secondo cui dalla natura pubblica dei predetti beni deriverebbe, quale (possibile) difformità dalla disciplina di diritto comune, l'inoperatività di un effetto tipico del fallimento, vale a dire lo spossessamento del patrimonio del fallito (art. 42 l. fall.).

Più nel dettaglio, tale convincimento verrebbe ancorato all'esistenza di alcuni indici normativi che meritano di essere, sinteticamente, richiamati. Si tratterebbe, innanzitutto, dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che, al co. 13, prevede (ma v. *infra*) che gli enti locali, "nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore", possano conferire "la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile"<sup>488</sup>, dovendo porre tali società "le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima".

---

<sup>485</sup> DEMURO I., *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, cit., 570-571, s'interroga se "in considerazione della natura dei soci e delle peculiarità dell'attività" si possa ravvisare nella competenza a presentare il ricorso per la dichiarazione di fallimento un ulteriore scostamento dalla normativa di diritto fallimentare. In particolare, pur aderendo espressamente all'opinione che individua la competenza a presentare il ricorso in capo all'organo con potere di rappresentanza, senza necessità di una preventiva deliberazione assembleare, l'A. ritiene che "quantomeno in via tuzioristica, sarebbe opportuno coinvolgere l'assemblea dei soci ... il coinvolgimento dei soci (pubblici) dovrebbe quindi avere la (doverosa) funzione di far prendere loro atto dello stato di insolvenza anche al fine di valutare adeguatamente e con la dovuta tempestività le conseguenze dell'eventuale fallimento della società sull'attività dalla stessa svolta e gli eventuali provvedimenti del caso. È comunque evidente che, seguendo l'interpretazione preferibile a prescindere dalle questioni tuzioristiche, ossia quella della competenza in capo all'organo amministrativo, qualora l'assemblea dei soci voti contro la presentazione del ricorso gli amministratori potranno (rectius: dovranno) disattendere il deliberato assembleare".

<sup>486</sup> V., su tutte, Trib. Modena, 10 gennaio 2014, cit., nella parte in cui ritiene irrilevante, ai fini della assoggettabilità a concordato preventivo, "la circostanza che, utilizzando l'opportunità concessa dall'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), nel patrimonio della società sono stati conferiti gli impianti necessari per l'erogazione dei servizi" in quanto tale situazione rileverebbe "in relazione ai limiti e alle modalità dell'eventuale liquidazione" ma non sulla natura della società.

<sup>487</sup> Cfr., in particolare, SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 323-324; FIORANI L.E., *Società "pubbliche" e fallimento*, cit., 559; POSITANO G., *Il fallimento delle società «private» a partecipazione pubblica*, cit., 586; VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 201-202.

<sup>488</sup> Va segnalato, per ragioni di completezza, che l'inciso che consente espressamente la cessione di reti alle società cc.dd. patrimoniali è stato introdotto nel corpo dell'art. 113 TUEL, dapprima ad opera dell'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, co. 1 (a condizione si tratti di società con capitale a maggioranza pubblico e incredibile) ed è stato, successivamente, novellato dal d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (conv. con mod. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326), affermando la necessità che la partecipazione pubblica non fosse solo maggioritaria ma totale.

Successivamente, con il più volte menzionato art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con mod. in l. 6 agosto 2008, n. 133, veniva, espressamente (co. 5), sancito il principio della “*proprietà pubblica delle reti*”, con l’eccezione, peraltro, di alcuni settori (p.e., il gas), prevedendosi, al contempo, che la *gestione* potesse essere affidata a soggetti privati (in attuazione del principio di separazione tra proprietà e gestione). A seguito di referendum popolare, il d.p.r. 18 luglio 2011, n. 113, abrogava, come noto, tale disposizione ma il suo contenuto, e quello dell’art. 10 del relativo regolamento attuativo (d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168), sono stati, praticamente, trasfusi nell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. con mod. in l. 14 settembre 2011, n. 148), il quale, ai commi 28, 29 e 30, in sintesi, stabilisce (ma v. *infra*) che alla scadenza della gestione del servizio, od in caso di sua cessazione anticipata – in cui si annovera<sup>489</sup> anche la cessazione a causa del fallimento –, il precedente gestore ceda a quello subentrante i beni e le pertinenze necessari alla prosecuzione del servizio, “*se non duplicabili a costi sociali sostenibili*”, a titolo gratuito. Inoltre, si prevede che se al momento della scadenza i beni predetti non sono stati ancora interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponda al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato.

Dal quadro normativo così succintamente delineato, la dottrina sopra ricordata ricava la conclusione che sui beni mobili od immobili di proprietà, asseritamente, pubblica non si potrebbero costituire privilegi o garanzie reali, né potrebbe essere trascritta alla conservatoria immobiliare la sentenza di fallimento, né, come detto, potrebbe avvenire lo spossessamento né alcuna altra azione esecutiva, individuale o collettiva, dovendosi, in definitiva, applicare il principio d’impignorabilità dei beni pubblici. Il curatore fallimentare potrebbe, poi, procedere alla restituzione anticipata (all’ente pubblico) delle dotazioni mobili e degli impianti in virtù del disposto dell’art. 87-*bis*, co. 1, l. fall., trattandosi di beni sui quali risultano “*chiaramente riconoscibili*” diritti reali o personali di terzi, non procedendo, all’uopo, ad inventariarli (co. 2).

Ad un’attenta indagine emerge, però, che i riferimenti normativi sui quali questa posizione si fonda non risultano, attualmente, in vigore perché, tacitamente o espressamente, abrogati. Principiando dall’art. 113, co. 13, del Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, va dato conto di una pronuncia della Corte costituzionale<sup>490</sup> nella quale tale norma viene ritenuta

---

<sup>489</sup> SCARAFONI S., *op. loc. ult. cit.*

<sup>490</sup> Si tratta di Corte cost. 25 novembre 2011, n. 320, in *Giur. cost.*, 2011, 4418 ss., con nota di ESPOSITO M., *Molto ma non abbastanza: la Corte costituzionale al confine tra pubblico e privato*; in *Gior. dir. amm.*, 2012, 835 ss., con nota di ALTIERI A.M., *Il servizio idrico integrato e il regime giuridico delle reti*; in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 233 ss., con nota di TUMBILOLO R., *La cessione delle infrastrutture idriche a società patrimoniali*; in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), con nota di MANASSERO L., *Le società patrimoniali nel Servizio Idrico Integrato*. Nella specie, la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità di una legge regionale in quanto il co. 13 dell’art. 113 TUEL, tacitamente abrogato, non può costituire il fondamento della competenza legislativa regionale in tema di regime proprietario delle infrastrutture



tacitamente abrogata per effetto della successiva entrata in vigore del precitato art. 23-bis<sup>491</sup>: in particolare, proprio il co. 5, nello stabilire il principio secondo cui le reti sono di “*proprietà pubblica*” si porrebbe in contrasto con il richiamato comma 13 che consentiva, invece, il conferimento delle reti in proprietà a “*società di diritto privato*” a capitale interamente pubblico.

Partitamente, la ragione del contrasto risiederebbe, secondo il Giudice delle leggi, nella spettanza delle reti (di proprietà pubblica) al regime giuridico del demanio accidentale, con conseguente divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica.

La permanenza in vita di un simile regime non verrebbe, evidentemente, garantita dal conferimento di tali beni alla società c.d. patrimoniale: in altri termini, un conto è l’incredibilità delle quote od azioni del capitale sociale – “*sia essa frutto di una pattuizione fra i soci (art. 2341-bis cod. civ.) o, come nel caso di specie, di una previsione legislativa*” –, altro l’incredibilità dei beni (appunto, le reti) che costituiscono il patrimonio della società. Quest’ultimo costituisce, in effetti, la garanzia generica dei creditori, “*limitabile solo nei casi stabiliti dalla legge dello Stato nell’esercizio della sua competenza esclusiva in materia di ordinamento civile*”, potendo, quindi, i beni, in assenza di una previsione di questo tipo, liberamente circolare. In definitiva, ed il punto appare meritevole di attenzione, ad avviso della Consulta, “*la sola partecipazione pubblica, ancorché totalitaria, in società di capitali non vale a mutare la disciplina della circolazione giuridica dei beni che formano il patrimonio sociale e la loro qualificazione*”<sup>492</sup>.

---

idriche, essendo, pertanto, lesiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia ordinamento civile ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. l), Cost. In termini analoghi, v. pure Corte cost. 10 maggio 2012, n. 114, in *Giur. cost.*, 2012, 1648 ss.

<sup>491</sup> La Corte costituzionale, nella prima delle due sentenze citate alla nota precedente, si concentra, lungamente, sul punto, osservando che: “*l’art. 23-bis ha previsto due diverse modalità di abrogazione delle norme previgenti: a) nella lettera m) del comma 10 ha affidato al Governo il potere di «individuare espressamente», con regolamento, le disposizioni abrogate ai sensi dello stesso art. 23-bis; b) nel successivo comma 11, con riferimento al solo art. 113 del TUEL, ne ha disposto l’abrogazione «nelle parti incompatibili con le disposizioni» del medesimo art. 23-bis ... La speciale disciplina dell’abrogazione per incompatibilità prevista per l’art. 113 del TUEL ha, dunque, lo specifico significato di far discendere l’effetto abrogativo di tale articolo unicamente dal comma 11 dell’art. 23-bis e, di conseguenza, di rendere non operante il disposto della lettera m) del precedente comma 10, che, perciò, si riferisce soltanto alle norme previgenti diverse dall’art. 113 del TUEL ... In altri termini, il fatto che il menzionato regolamento di delegificazione non abbia ricompreso il comma 13 dell’art. 113 del TUEL tra le disposizioni abrogate non esclude che l’effetto abrogativo si sia già verificato a far data dalla promulgazione della lex posterior (art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008). E ciò indipendentemente dalla circostanza che il ricordato regolamento - adottato, come si è visto, sulla base del comma 10, lettera m), dell’art. 23-bis - è stato ormai privato del suo fondamento normativo dall’art. 1, comma 1, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 ... il quale ha dichiarato l’intervenuta abrogazione dell’intero art. 23-bis per effetto dell’esito del referendum popolare indetto con d.P.R. 23 marzo 2011”.*

<sup>492</sup> È evidente che una siffatta conclusione si fonda sulla distinzione tra la nozione di patrimonio sociale e quella di capitale sociale resa da Corte cost. n. 320/2011, *cit.*, nei seguenti termini: “*il primo è rappresentato dal complesso dei rapporti giuridici, attivi e passivi, che fanno capo alla società; il secondo è l’espressione numerica del valore in denaro di quella frazione ideale del patrimonio sociale netto (dedotte, cioè, le passività) che è fissata dall’atto costitutivo e non*

Invero, una siffatta censura, nell'interpretazione che ne è stata fatta in seguito, non ha costituito una remora per il giudice contabile il quale ha ritenuto, comunque, ammissibile il conferimento a società patrimoniali di beni appartenenti al patrimonio, *lato sensu*, pubblico (segnatamente, le reti).

Si diceva, in precedenza, che anche l'altro riferimento normativo, sul quale la tesi criticata si appunta, è stata privato di forza cogente: l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 è stato, infatti, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla già menzionata (cfr. cap. I, parte I, § 3) sentenza n. 199 del 2012 in quanto violativo del divieto, desumibile dall'art. 75 della Costituzione, di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare. Pertanto, (tralasciando, per il momento, lo schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale) esiste una lacuna normativa quanto alla conferibilità di reti alle società patrimoniali: è proprio in tale contesto che s'inseriscono ben due pareri, di contenuto speculare<sup>493</sup>, resi dalla Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, cui dianzi s'accennava e dei quali mette conto, a questo punto, di occuparsi.

In quell'occasione è stata, sempre con riguardo alle reti, meglio puntualizzata una distinzione, all'interno dell'ampia categoria dei beni pubblici, presente solo *in nuce* nell'itinerario argomentativo percorso dalla Corte costituzionale. Si evidenzia, infatti, che le reti possono appartenere al regime del demanio "accidentale" – nel caso in cui rientrino "*nell'elencazione tassativa di cui agli artt. 822 e 824 c.c.*", con conseguente assoggettamento al contemporaneo divieto di alienazione e di etero-destinazione (se non nelle forme di legge) – oppure al regime del "*patrimonio indisponibile*" ove si tratti di beni effettivamente "*destinati a un pubblico servizio*" (art. 826, comma 3). Anche in quest'ultimo caso sarebbe necessario l'elemento proprietario, ossia la riconducibilità all'ente pubblico (anche non territoriale); ciò che, però, connoterebbe,

---

*è distribuibile tra i soci*". In realtà, un analogo approccio si riscontra già in URSI R., *Il patrimonio delle società a capitale pubblico*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione. Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, 2008, 131 ss., spec. 139, il quale, però, perviene a risultati (parzialmente) difforni da quello riportato nel testo. L'A., più precisamente, sembrerebbe operare una distinzione a seconda che si tratti di beni demaniali o beni del patrimonio indisponibile e beni del patrimonio disponibile: "*l'utilizzo dei beni del patrimonio disponibile soggiace ad un generale vincolo alle finalità di interesse pubblico che trova specificazione attraverso il filtro dello statuto societario che imprime ai beni conferiti un regime giuridico differente rispetto a quello del patrimonio sociale disciplinato dal codice civile. Questi devono essere utilizzati esclusivamente per lo svolgimento di quell'attività di rilevanza pubblica che costituisce l'oggetto sociale. Tuttavia, tale vincolo, a differenza di quanto avviene per i beni sottoposti a regime differenziato (beni demaniali e del patrimonio indisponibile conferiti al capitale) che fanno parte del patrimonio della società non ha un effetto reale ... allora, mentre la possibile espropriazione di beni del patrimonio indisponibile non incide sulla destinazione dello stesso, la circostanza che un'operazione extra oggetto sociale – ad es. di tipo speculativo – sia stata fatta con denaro della società non pregiudica le obbligazioni sorte con i terzi*".

<sup>493</sup> Il riferimento è, segnatamente, a Corte conti, sez. reg. di controllo per la Lombardia, 3 luglio 2013, n. 295 e Corte conti, sez. reg. di controllo per la Lombardia, 30 marzo 2015, n. 141, ambedue reperibili sul sito istituzionale della Corte. Si precisa che, facendo il secondo dei pareri ora citati riferimento al ragionamento del primo, le citazioni riportate nel testo e in nota, in assenza di diversa indicazione, s'intendono effettuate a quest'ultimo.

maggiormente, l'ascrizione del bene-rete al patrimonio indisponibile sarebbe l'elemento, per dir così, funzionale, ovvero la destinazione al pubblico servizio<sup>494</sup>.

Insomma, a detta della sezione regionale di controllo della Corte dei conti, risulterebbe pur sempre possibile, nonostante l'intervenuta abrogazione dell'art. 113, co. 13, del T.u.e.l., il conferimento delle reti, rientranti nel patrimonio (accidentale) indisponibile, a favore delle società patrimoniali, o di soggetti terzi (anche privati), purché il socio pubblico si preoccupi di predisporre *“tutti i meccanismi negoziali (a livello statutario o convenzionale) ed esercitare tutti i poteri atti a garantire la destinazione effettiva del bene all'utilità pubblica”*.

D'altro canto, e in termini più generali, va osservato che tale approccio – fondato, in ogni caso, sull'aspetto dominicale (i beni, demaniali o del patrimonio indisponibile, sarebbero qualificati come pubblici in virtù dell'appartenenza allo Stato o ad altro ente pubblico) – è stato ormai da tempo sottoposto a revisione critica: l'appartenenza ad un soggetto pubblico dei beni pubblici conoscerebbe sempre più eccezioni di talché *“in alcune ipotesi la proprietà "pubblica" del bene e la destinazione dello stesso ad usi e finalità pubbliche (della collettività) diventano aspetti scindibili”*<sup>495</sup>. Si comprende, agevolmente, l'importanza di questo discorso per il prosieguo della trattazione; è appena il caso, allora, di passare, sommariamente, a considerare alcune delle più rilevanti di tali vicende che hanno direttamente (processi di cartolarizzazione) o indirettamente (dismissione a seguito di privatizzazione<sup>496</sup>) coinvolto – sottoponendoli, quanto alla natura, ad un

---

<sup>494</sup> Sarebbero chiare le ricadute in termini di regime applicabile: in forza del disposto dell'art. 828, co. 2, c.c. *“i beni patrimoniali indisponibili, a differenza dei beni demaniali, sono commerciabili, ma sono gravati da uno specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico, pur potendo formare oggetto di negozi traslativi di diritto privato”* (così Cass., sez. Un., 16 febbraio 2011, n. 3811, in *Guida al diritto*, n. 12, 2011, 40 ss., con nota di CASTRO S., *Rilevanti le caratteristiche geografiche dei luoghi anche in presenza dell'atto privato di trasferimento*, citata anche nel parere in commento). Detto con altri termini, la “indisponibilità” dei beni non atterrebbe alla loro titolarità (inalienabilità), ma alla concreta destinazione degli stessi alla “piena disponibilità” per la funzione/servizio cui sono destinati.

<sup>495</sup> Cfr. Cass., sez. Un., 16 febbraio 2011, n. 3811, *cit.*: per la sottolineatura della rilevanza di questa e delle pronunce “gemelle” emesse dal medesimo giudice di legittimità si rinvia alla successiva nota 513.

<sup>496</sup> In effetti, secondo FRANCARIO F., *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione «naturale» dei beni pubblici*, in *Dir. amm.*, 2004, 89 ss., occorrerebbe tener distinta la dismissione dei beni pubblici dalle procedure di privatizzazione che hanno coinvolto gli enti pubblici economici. A tal uopo, dopo un'accurata ricostruzione dei diversi provvedimenti normativi succedutisi in prosieguo di tempo, l'A. rileva, correttamente, che *“la distinzione rispetto alla privatizzazione di enti ed imprese pubbliche”* consisterebbe nel *“risultato conseguito, perché si rende in tal modo evidente che nel caso dei beni pubblici la privatizzazione non è compensata da alcuna attività di regolazione tale da assicurare il perseguimento di finalità pubblicistiche da parte del bene non più di proprietà pubblica. Anzi. Il risultato auspicato (reperimento risorse) viene raggiunto solo se ed in quanto scompaiono o si attenuano i profili di pubblicità nell'interesse protetto”*. Nell'ambito dei servizi pubblici locali, PIRAS P., *Servizi pubblici locali: privatizzazione e beni pubblici*, in COLOMBINI G. (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali: profili di diritto interno e internazionale. Atti del Convegno di Pisa, 20 dicembre 2007*, Jovene ed., Napoli, 2009, 51 ss. ritiene, in particolare, che a seconda che la privatizzazione sia di tipo formale o sostanziale si producano conseguenze differenti sulla “pubblicità” del bene: *“se siamo davanti ad una privatizzazione di tipo sostanziale dei beni pubblici, allora si è*

interessante “mutazione” – i beni pubblici.

Emblematiche risultano, innanzitutto, le sorti dei beni destinati al servizio ferroviario nazionale: i successivi assetti organizzativi (da Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, passando dapprima per l’Ente “Ferrovie dello Stato” e poi dal tipo della società per azioni, fino all’attuale articolazione in *holding*) caratterizzanti l’operatore ferroviario storico hanno lasciato, sostanzialmente, immutate le previsioni di cui all’art. 15 della legge 17 maggio 1985, n. 210<sup>497</sup>,

---

*determinata una vera e propria dismissione di beni che vengono sottratti all’uso pubblico e assoggettati alla disciplina comune della proprietà privata. Se siamo davanti ad una privatizzazione di tipo formale, abbiamo invece un tipo di privatizzazione che non implica un mutamento della natura del bene che è stato privatizzato”.*

<sup>497</sup> I primi due commi della disposizione citata così recitano: “*I beni mobili ed immobili, trasferiti all’ente o comunque acquisiti nell’esercizio di attività di cui all’articolo 2 della presente legge, costituiscono patrimonio giuridicamente ed amministrativamente distinto dai restanti beni delle amministrazioni pubbliche e di essi l’ente ha piena disponibilità secondo il regime civilistico della proprietà privata, salvi i limiti su di essi gravanti per le esigenze della difesa nazionale. I beni destinati a pubblico servizio non possono essere sottratti alla loro destinazione senza il consenso dell’ente”.*

Nel commentare la norma, ANGIULI A., voce “*Ferrovie e tramvie (demanio e patrimonio pubblico)*”, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 328 ss., spec. 334-335, opera, quanto al regime dei beni nella disponibilità dell’ente, una distinzione tra “*la disciplina generale dei beni di qualunque natura «trasferiti all’ente o comunque acquisiti nell’esercizio» delle svariate ed eterogenee attività previste dall’art. 2 della medesima normativa*” e quella “*da reputarsi dettata esclusivamente per il novero dei beni in proprietà dell’Ente ferrovie «destinati a pubblico servizio»*”: con la conseguenza che “*liberamente l’Ente potrà, ad esempio, acquistare o alienare partecipazioni azionarie in società italiane od estere «aventi per finalità l’acquisizione o l’incremento dei trasporti per ferrovia e la fornitura a terzi di materiali connesso all’attività di trasporto ferroviario» [art. 2, lett. l)], ovvero stipulare convenzioni con «i soggetti preposti alla ricerca statale» per il potenziamento e l’ammodernamento degli impianti [art. 2, lett. c) e d)], ma se una delle attività elencate nell’art. 2 comporti la dismissione di una linea ferroviaria o di un tratto di essa, ovvero la destinazione di alcuni vagoni ferroviari ad un uso diverso da quello tipico, la sottrazione alla originaria utilizzazione del bene richiederà l’esplicito e specifico «consenso» dell’Ente” (corsivo e virgolettati dell’A.). Diversa parrebbe, in punto, la posizione di RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 121 ss., spec. 126-127, secondo cui “*le norme sui beni ferroviari sono intervenute a suffragare, seppure in modo implicito – e, in particolare, omettendo ancora di citare espressamente gli artt. 830 e 828 c.c. – la tesi del perdurante assoggettamento al vincolo di destinazione, proprio dei beni patrimoniali indisponibili, delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni strumentali alla gestione dei servizi pubblici attribuiti agli enti «societarizzati», nonostante l’appartenenza dei beni a soggetti divenuti formalmente privati ... la ratio del combinato disposto degli artt. 830 e 828 c.c. consiste nella garanzia che i soggetti, istituiti dalla legge o dai pubblici potere al fine di svolgere un servizio pubblico, rimangano dotati degli strumenti materiali e giuridici indispensabili per svolgerlo. Come questi soggetti, sebbene organizzati in forma privatistica, godono di speciali privilegi e subiscono determinate limitazioni, in ragione della loro eterogenesi e della loro necessaria strumentalità agli interessi pubblici, così appare fisiologico che i loro beni destinati a pubblico servizio beneficino di privilegi e siano sottoposti a limitazioni pubblicistiche”.**

Parzialmente vicina alle posizioni appena ricordate sembrerebbe la giurisprudenza amministrativa (v. Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2003, n. 3074, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 2592 ss. con nota di CASALINI D., *Autorizzazione all’esercizio del commercio su area pubblica appartenente al demanio ferroviario e uso particolare del bene pubblico*) quando afferma che “*tale disposizione (art. 15, l. n. 210/1985, nda) non (ha) però mutato la natura giuridica dei beni strettamente serventi l’esercizio ferroviario (il già c.d. demanio ferroviario) che continuano ad essere nella piena disponibilità di Ferrovie dello Stato per gli specifici e strumentali usi previsti dalla legge, per cui se l’accezione di formale e rigida*

contribuendo, indubbiamente, ad accentuare l'anomalia di beni che, pur suscettibili di rientrare nel demanio eventuale, vengono a trovarsi nella titolarità di un soggetto considerato oramai, a tutti gli effetti, di diritto privato<sup>498</sup>.

Non dissimili appaiono le riflessioni che è possibile svolgere a proposito della Patrimonio dello Stato S.p.A.: sebbene ormai sciolta<sup>499</sup>, le vicende ed il dibattito che hanno accompagnato la sua costituzione rappresentano un ineludibile banco di prova della linea di tendenza che si sta cercando di identificare. In particolare, con l'art. 7, co. 1, del d.l. 15 aprile 2002, n. 63, conv. con mod. in l. 15 giugno 2002, n. 112<sup>500</sup>, che l'aveva istituita, si è inteso perseguire “*la finalità di valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato*” mediante il *trasferimento* alla predetta società di “*diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato ... ovvero ogni altro diritto costituito a favore dello Stato*” (co. 10).

La latitudine del complesso di beni oggetto di (possibile) *trasferimento* non può che far sorgere seri dubbi circa la tenuta della tradizionale distinzione in punto di beni pubblici, in special modo ove si acceda all'opinione (preferibile) che riconosce alla Patrimonio dello Stato natura privatistica<sup>501</sup>. Così ragionando si ammetterebbe, infatti, che una legge dello Stato abbia consentito,

---

*"demanialità" può in qualche misura ritenersi superata, (ma sul punto, complice la confusione normativa, la riflessione è ancora aperta), è indubbio che trattasi di una proprietà speciale finalizzata all'esclusivo esercizio ferroviario, con tutte le cautele e le garanzie che tali finalità comportano”, mentre contrariamente orientata sarebbe quella di legittimità. Si legge, infatti, in Cass., sez. Un., 27 febbraio 2006, n. 4269, in Giust. civ. Mass., 2006, che “in forza di quanto disposto dall'art. 15, comma 1, l. 17 maggio 1985 n. 210, istitutiva dell'Ente Ferrovie dello Stato, i beni mobili ed immobili già dell'Azienda autonoma sono stati sottratti all'originaria condizione giuridica propria del patrimonio indisponibile degli enti pubblici non territoriali ed assoggettati ad un regime di piena disponibilità negoziale di diritto privato, ancorché destinati all'esercizio del pubblico servizio”. Per più puntuali riferimenti si rinvia, altresì, a PARISIO V., Beni ferroviari, servizio di trasporto ferroviario, demanio e patrimonio, in Foro amm.-CDS, 2007, 2647 ss.*

<sup>498</sup> Cfr., da ultimo, Cass., sez. Un., 22 gennaio 2015, n. 1159, *cit.*

<sup>499</sup> L'art. 33, co. 8, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con mod. in l. 15 luglio 2011, n. 111 ha così disposto: “entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto la società Patrimonio dello Stato s.p.a. è sciolta ed è posta in liquidazione con le modalità previste dal codice civile” (corsivo di chi scrive).

<sup>500</sup> Per un commento analitico dei singoli commi della norma v., tra gli altri, PIZZA P., *Patrimonio dello Stato Spa: profili di organizzazione e funzionamento*, in *Aedon*, 3/2002, e OPPO G., *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 495 ss.

<sup>501</sup> Anche con riguardo alla società in commento, il dibattito si è polarizzato, essenzialmente, intorno a due posizioni. Tra i fautori della natura pubblicistica si possono annoverare: PIZZA P., *Patrimonio dello Stato Spa: profili di organizzazione e funzionamento*, *cit.*, il quale ritiene che riscontrandosi nella Patrimonio dello Stato tutti i caratteri (“(sono) stati istituiti direttamente dalla legge; (sono) regolati da norme singolari che pongono delle deroghe al regime societario tipico; (sono) partecipati in via maggioritaria da soggetti pubblici; (perseguono) fini di interesse pubblico; possano prescindere dal mero intento lucrativo”) che consentono di qualificare “come pubblico un ente cui la legge abbia attribuito il nomen di “società per azioni”, *Patrimonio dello Stato Spa*, presentandoli tutti, dovrebbe considerarsi ente pubblico”; ne propone la riconduzione al modello della società *in house providing* BRANCASI A., *La cartolarizzazione dei beni pubblici di fronte all'ordinamento comunitario*, in *Aedon*, 1/2003, *on-line*; SORACE D., *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon*, 1/2003, *on-line*, considera la Patrimonio dello Stato un

con palese erosione del principio della riserva, l'appartenenza privata di beni che, per espressa definizione codicistica, sono caratterizzati dalla necessaria spettanza ad enti pubblici<sup>502</sup>.

A fronte di una siffatta conclusione, in ogni caso, sarebbe dato muovere una penetrante obiezione: rinviando, espressamente, il co. 10 dell'art. 7 ora menzionato al co. 1 dell'art. 3 del d.l. 25 settembre 2001, n. 351, conv. con mod. in l. 23 novembre 2001, n. 410, sulla cui base sono state istituite le "società cartolarizzazione immobili pubblici" (scip)<sup>503</sup>, si potrebbe replicare, come pure è stato fatto, che sarebbe sufficiente "*un fiat ministeriale per togliere a qualsiasi bene pubblico la qualifica della demanialità o della indisponibilità*"<sup>504</sup>, obliterando, per tale via, la necessaria, ai

---

organismo di diritto pubblico che nel caso risulta essere una particolare forma organizzativa dell'amministrazione statale e non una nozione funzionale all'applicazione di singole discipline (come quella sugli appalti); secondo RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., 155 ss., potrebbe configurarsi come una *società legale*. Si tratta di posizioni alle quali pare possibile muovere le critiche ormai note, pertanto più persuasive sarebbero quelle posizioni dottrinali che ne predicano la natura di soggetto di diritto privato: in tal senso v. OPPO G., *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, cit., 503, e NAPOLITANO G., *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 541 ss., spec. 549-550.

<sup>502</sup> In dottrina, rileva questo profilo: CASCIONE C.M., *Il diritto privato dei beni pubblici. Modelli di appartenenza e circolazione*, Bari, 2013, 198.

<sup>503</sup> Tale legge (ma v. pure il d.l. 15 aprile 2002, n. 63, conv. con mod. in l. 15 giugno 2002, n. 112 che ha esteso la possibilità di utilizzare la cartolarizzazione all'ambito dei beni culturali), nel prevedere una generale cartolarizzazione dei beni pubblici, ha unito all'obiettivo di ricognizione del patrimonio pubblico l'intento di razionalizzare il processo di privatizzazione già in corso, valorizzando lo strumento finanziario dei fondi di investimento immobiliare: in questi termini BORRELLO I., *La cartolarizzazione dei proventi delle dismissioni immobiliari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 128 ss., al quale si rimanda per un commento alla normativa. Più nel dettaglio, il compito di operare la ricognizione dei beni del patrimonio immobiliare dello Stato è attribuito all'Agenzia del Demanio, la quale, con propri decreti dirigenziali, individua, sulla base dei documenti esistenti presso gli uffici e gli archivi pubblici, i singoli beni, distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile: è chiara la concorrenza di compiti e di competenze tra quest'ultimo ente e la Patrimonio dello Stato tanto che il punto ha dato luogo ad un dibattito dottrinale (i cui risultati sono riassunti da CASCIONE C.M., *Il diritto privato dei beni pubblici. Modelli di appartenenza e circolazione*, cit., 186 ss.) sopitosi solo a seguito della stipula di un Protocollo di intesa tra le due strutture. Una volta che i beni immobili sono stati individuati, possono essere trasferiti "*a titolo oneroso*" alle "società cartolarizzazione immobili pubblici" mediante decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze e "*l'inclusione nei decreti produce il passaggio al patrimonio disponibile*" dei beni in questione: così l'art. 3, co. 1, richiamato nel testo.

<sup>504</sup> Questa è l'opinione di SORACE D., *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, cit., il quale, in considerazione della previsione di cui all'art. 3, co. 1, d.l. n. 351/2001 (v. nota precedente), osserva quanto segue: "*se davvero questa ne fosse l'unica interpretazione possibile, si dovrebbe seriamente dubitare della costituzionalità di una simile disposizione. Naturalmente non perché il codice civile sia una legge costituzionale ma perché viene in rilievo una specifica statuizione costituzionale, cioè quella di apertura dell'art. 42 Cost. secondo la quale: "La proprietà è pubblica o privata". Tale disposizione infatti non sembra significare soltanto che i beni possono appartenere a soggetti pubblici o privati ... ma pare da intendersi piuttosto nel senso che deve essere assicurata la presenza nell'ordinamento anche di un particolare regime proprietario di certi beni degli enti pubblici ... Dunque, se la l. 410/2001 potesse essere interpretata nel senso che consente l'eliminazione del demanio e del patrimonio indisponibile bisognerebbe anche dire che è incostituzionale ... La disposizione può, cioè, essere interpretata semplicemente come attuativa-integrativa*

sensi dell'art. 42 Cost., permanenza nell'ordinamento anche di un particolare regime proprietario di certi beni degli enti pubblici.

Gli è, però, che il legislatore che ha istituito la Patrimonio dello Stato, in sede di conversione, si è premurato di introdurre, nel corpo del provvedimento normativo (in corrispondenza del primo comma dell'art. 7), l'inciso secondo cui la valorizzazione, gestione e alienazione deve avvenire “*nel rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici*”, tuttavia, ancor più d'interesse, sarebbe quella che appare una vera e propria specificazione di tale inciso presente nel comma decimo: non solo “*il trasferimento di beni di particolare valore artistico e storico è effettuato di intesa con il Ministro per i Beni e le Attività Culturali*”, ma soprattutto “*il trasferimento non modifica il regime giuridico, previsto dagli artt. 823 e 829, primo comma, dei beni demaniali trasferiti e, sino al termine di scadenza, i diritti di godimento spettanti ai terzi*”.

Quest'ultima costituisce una clausola di salvaguardia ricorrente pure nella legislazione con la quale si è provveduto a trasferire ad Anas S.p.A., “*in conto aumento del capitale sociale*”, la rete stradale e autostradale nazionale<sup>505</sup> e denota come, nell'ambito di un chiaro rilievo al più

---

*dell'art. 829, comma 1, c.c., che prevede che il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio sia dichiarato da un atto amministrativo di cui deve essere data notizia nella gazzetta ufficiale*”.

<sup>505</sup> L'art. 76, co. 1, l. 27 dicembre 2002, n. 289, aveva introdotto nell'art. 7 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, conv. con mod. in l. 8 agosto 2002, n. 178, il co. 1-bis con il quale si prevedeva che “*con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, è trasferita all'ANAS società per azioni ... in conto aumento del capitale sociale la rete autostradale e stradale nazionale ... la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto di cui al primo periodo produce gli effetti previsti dall'articolo 2644 del codice civile in favore dell'ANAS Spa, nonché effetti sostitutivi dell'iscrizione dei beni in catasto*”, oltre alla formula “*il trasferimento non modifica il regime giuridico, previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti*”. Successivamente, però, tale comma è stato abrogato (v. d.l. 30 settembre 2005, n. 203, conv. con mod. in l. 2 dicembre 2005, n. 248) ed è venuta meno la attribuzione proprietaria in conto capitale dei beni stradali ad Anas, con l'effetto di operare la “*soppressione della contabilizzazione come parte del capitale sociale della rete stradale ed autostradale*” che è così tornata ad essere “*gestita da Anas in concessione*” ex d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143: in argomento cfr. MIDIRI F., «*Privatizzazione* » dell'Anas e poteri di autotutela, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 1437 ss., secondo il quale, in ogni caso, “*lo status di bene demaniale accidentale (o di bene patrimoniale indisponibile) non può essere messo in discussione da vicende relative alla qualità soggettiva dei soggetti che ne hanno la gestione se, come in questo caso, è attribuito in termini generali dalla legge. Tuttavia, per affermare la permanente qualificazione di bene pubblico in senso stretto di un bene del demanio non naturale o patrimoniale indisponibile, si deve tornare a valutare la permanente destinazione concreta e la assenza della volontà della amministrazione di imprimere una destinazione nuova incompatibile con il precedente uso pubblico*”. Su tale profilo v. *infra* nel testo.

Sebbene la clausola che occupa non sia stata richiamata nell'art. 8 del d.l. n. 63/2002, con il quale si è autorizzata Cassa depositi e prestiti ad istituire Infrastrutture s.p.a. (poi incorporata nello stesso ente con l. n. 266/2005), secondo RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica, cit.*, 170, non muterebbe il regime applicabile ai beni trasferiti poiché “*la Infrastrutture S.p.a. sembra poter essere proprietaria di beni pubblici formalmente privatizzati ma sostanzialmente ancora demaniali o indisponibili, seppure in misura ridotta rispetto alla Patrimonio dello Stato; e, per effetto del rinvio all'art. 7, comma 10, del d.l. n. 63/2002, va, quantomeno riconosciuto che i trasferimenti dei beni alla prima, al pari dei trasferimenti alla seconda, non possono essere operati indiscriminatamente e, soprattutto,*

complessivo valore finanziario del bene – rappresentato, sicuramente, dal suo valore di scambio, ma anche come valore di garanzia per le obbligazioni assunte nello svolgimento di un’attività avente rilevanza pubblicistica, ovvero come valore derivante dai migliori uso e sfruttamento del bene<sup>506</sup> –, si sia, in ogni caso, inteso, per l’appunto, salvaguardare non tanto la titolarità soggettiva, bensì il dato oggettivo della funzione o del compito pubblico che i medesimi beni sono chiamati a servire.

Ora, appare innegabile che le varie ricostruzioni proposte, sul punto, in dottrina convergono, almeno relativamente ai beni di cui si è trattato, sull’evoluzione in senso oggettivo della nozione di bene pubblico<sup>507</sup>, ma poi, in realtà, se ne diramano in ragione della portata. Più precisamente, secondo uno degli Autori che ha diffusamente indagato il problema<sup>508</sup>, il dogma dell’inalienabilità dei beni demaniali si starebbe oramai sgretolando – e, ancor più a monte, la stessa regola codicistica della loro necessaria appartenenza allo Stato o agli altri enti territoriali – fino al punto che *“la demanialità si è progressivamente trasformata, nella sostanza, in un vincolo tendenzialmente assimilabile al vincolo di destinazione concepito per i beni del patrimonio indisponibile, rimanendo*

---

*implicare automaticamente una privatizzazione sostanziale dei beni trasferiti, ossia la sdemanializzazione di quelli demaniali e la revoca della destinazione pubblica di quelli patrimoniali indisponibili”.*

Occorre, infine, segnalare che la predetta formula viene fedelmente riprodotta, altresì, nell’art. 30, co. 1, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con mod. in l. 24 novembre 2003, n. 326, relativo alle società di trasformazione urbana (la cui possibilità di costituzione è, comunque, consentita dall’art. 120 T.u.e.l.) alle quali *“possono essere conferiti o attribuiti, a titolo di concessione, singoli beni immobili o compendi immobiliari di proprietà dello Stato individuati dall’Agenzia del demanio d’intesa con i comuni, le province e le regioni territorialmente interessati, sentite inoltre le Amministrazioni statali preposte alla tutela nel caso di immobili gravati da vincoli”*: in generale sul tema si rinvia, da ultimo, a TRAPANI G., *Le società di trasformazione urbana*, in *Notariato*, 2015, 577 ss.

<sup>506</sup> Così, sostanzialmente, DUGATO M., *Il regime dei beni pubblici: dall’appartenenza al fine*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione. Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane*, cit., 17 ss., spec. 36 ss., mentre CAPUTI JAMBRENGHI V., *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, *ibidem*, 459 ss., individua una vera e propria *“destinazione aziendale”* impressa dall’ente pubblico.

<sup>507</sup> Denunciava, invero, l’insufficienza del solo criterio soggettivo (inteso come appartenenza del bene ad un ente pubblico) già SANDULLI ALDO M., voce *“Beni pubblici”*, in *Enc. dir.*, vol. V., Milano, 1959, 277 ss., spec. 278.

<sup>508</sup> Il riferimento è, ancora, a RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., 255 ss., spec. 256 dalla quale si cita nel testo. Va, comunque, notato che si tratta di una conclusione abbastanza condivisa nella dottrina di matrice amministrativista: in tal senso cfr. pure COCA F.G., *Beni pubblici e modificazioni soggettive degli enti pubblici proprietari*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione. Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane*, cit., 103 ss., spec. 113 ove afferma che *“la fragile partizione contenuta dal Codice civile sembra segnare il passo a fronte della moltitudine di norme speciali che ridisegnano il contenuto della proprietà pubblica intorno al concetto di funzione oggettiva o, meglio, di asservimento istituzionale ad un uso collettivo. Le vicende della privatizzazione che hanno interessato i beni pubblici, sia attraverso la trasformazione in società pubbliche degli enti cui essi appartengono, sia per effetto del loro trasferimento ad organismi neoistituiti, sembrano dimostrare il superamento della distinzione tra beni demaniali e quelli appartenenti al patrimonio indisponibile. Da qui, la possibilità di ipotizzare il venir meno del tradizionale vincolo dell’inalienabilità che, in termini generali (o, meglio, codicistici), caratterizza i beni demaniali, a favore di un più flessibile onere reale che segue, appunto, il bene indipendentemente dalla natura pubblica o privata del proprietario e si limita a preservarne la fruizione collettiva”.*



*ormai confermata anche sotto tale profilo la sostanziale fungibilità tra le due categorie di beni configurate dal codice civile”.*

L'elemento funzionale al quale si accennava qualche riga più innanzi si presterebbe, così, al mutamento della tradizionale denominazione di “beni pubblici”, legata ad una concezione soggettiva della pubblicità dei beni, in quella di “beni a destinazione pubblica”, capace di attagliarsi “alla disciplina attuale dei mezzi materiali a disposizione dell'amministrazione e di tutti i cittadini per il soddisfacimento dei bisogni della collettività”<sup>509</sup>. Diversamente, un'altra prospettazione<sup>510</sup>, pur persuasa dell'avvicendamento tra l'appartenenza pubblica e il canone della destinazione pubblica, opina che i beni pubblici rilevino non in virtù della loro “funzione di soddisfazione di usi collettivi o individuali specifici”, piuttosto “per il loro essere legati alle attività economiche come complesso necessario alla produzione”.

Ma, l'allontanamento dalla tesi riportata per prima si apprezza meglio proprio ove si passi a considerare il precipitato della seconda sulla materia dei servizi pubblici: in un sistema, infatti, “che sempre più spesso attribuisce la gestione dei servizi a società per azioni in mano pubblica ... è necessario che gli asset loro assegnati abbiano un valore adeguato alla capitalizzazione e alle funzioni loro attribuite”, il che sarebbe, applicando il regime tradizionale, impossibile nel caso di beni inalienabili. Infatti, la proprietà pubblica inalienabile, sottraendo i beni dal mercato, comporterebbe la perdita del valore di scambio dei medesimi, provocando un “enorme nocumento economico e funzionale” all'affidatario del servizio, il quale sarebbe, a sua volta, costretto a scaricare “i costi dell'inadeguatezza della disciplina dei beni pubblici” sull'utenza.

Se mal non se ne è compreso il senso, quest'ultima opinione interpreterebbe, quindi, in modo nuovo il vincolo di destinazione: esso diverrebbe “lo strumento di garanzia capace di soddisfare le differenti ragioni della tutela del bene e della sua conservazione all'attività o al servizio pubblico e della dinamicità della sua circolazione”, per cui, ragionando contrariamente, in un “sistema in cui i servizi pubblici e persino le funzioni sono assegnate a società, a fondazioni ed a soggetti di natura privata ... impedire il trasferimento dei beni a questi ultimi significa ostacolare la realizzazione dell'interesse collettivo”<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> In questi termini, RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., 269.

<sup>510</sup> V., specialmente, DUGATO M., *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, cit., 20 e 33 cui si riferiscono i passaggi riportati nel testo.

<sup>511</sup> Così, ancora, DUGATO M., *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, cit., 34. Coerentemente a tali riflessioni, l'A. ritiene (pagg. 43-44) che, a proposito dei beni conferiti in società ai sensi dell'art. 113, co. 13, T.u.e.l., si sia al cospetto di una “categoria di beni demaniali per i quali il canone dell'inalienabilità non opera rigidamente”, ma soprattutto ritiene che “per i beni, demaniali o indisponibili, conferiti in capitale, viene meno anche l'argine dell'esecuzione forzata nell'ipotesi dell'insolvenza della società”.

Ferme le considerazioni che verranno svolte tra breve, si tratta, probabilmente, della prospettiva più corretta dalla quale muovere nell'analisi della tematica dei beni "pubblici" affidati al gestore di un servizio pubblico locale: l'abortita proposta di riforma del Titolo II del Libro III del codice civile licenziata dalla Commissione Rodotà<sup>512</sup> e la successiva giurisprudenza di legittimità<sup>513</sup> testimoniano, infatti, della necessità di superare il percorso classico che va "dai regimi ai beni",

---

<sup>512</sup> Com'è noto, la Commissione sui Beni Pubblici, presieduta dal Prof. Stefano Rodotà, è stata istituita presso il Ministero della Giustizia, con Decreto del Ministro, il 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. La Commissione ha terminato i suoi lavori, dopo dieci mesi, nel febbraio 2008 e presentato, dopo la caduta del governo che l'aveva istituita, un testo in forma di disegno di legge. Il testo licenziato, benché non sia stato preso in considerazione dal governo successivo, si presenta, comunque, d'interesse in virtù della proposta di introdurre, all'interno del codice civile, una vera e propria nuova tassonomia in punto di beni pubblici: per ragioni di sintesi, è necessario rinviare, tra gli altri, a CASCIONE C.M., *Il diritto privato dei beni pubblici. Modelli di appartenenza e circolazione*, cit., 246 ss. per una descrizione degli aspetti più salienti della proposta di articolato. Preme, in ogni caso, sottolineare che, in quella sede, mentre le "reti stradali, autostradali e ferroviarie, gli acquedotti, i porti e gli aeroporti di rilevanza nazionale ed internazionale" venivano ricompresi nella categoria dei beni pubblici sovrani, che sono *beni ad appartenenza pubblica necessaria*, e per i quali è prevista una tutela rafforzata (inusufruttibilità, inalienabilità, autotutela amministrativa oltre che garanzie esplicite in materia di tutela sia risarcitoria che inibitoria), le "reti locali di pubblico servizio" venivano fatte rientrare nel novero dei *beni pubblici sociali* caratterizzati da un vincolo di destinazione qualificato che può cessare solo se venga assicurato il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati.

<sup>513</sup> Oltre alla già citata Cass., sez. Un., 16 febbraio 2011, n. 3811, il riferimento è alle sentenze: Cass., sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giust. civ.*, 2011, 2844 ss., con nota di CIAFARDINI L., *I beni pubblici « comuni »: a proposito delle valli da pesca della laguna di Venezia*; Cass., sez. Un., 16 febbraio 2011, n. 3813, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 636 ss., con nota di CORTI L., *Beni demaniali: la Corte di Cassazione «riformula» la categoria al di là del Codice civile (invocando i principi costituzionali)*; Cass., sez. Un., 18 febbraio 2011, n. 3938, in *Corriere giur.*, 2011, 799 ss., con nota di GRECO T., GRECO M., *La storia immutata delle valli da pesca dalla serenissima ad oggi*, e, più di recente, Cass., sez. Un., 29 maggio 2014, n. 12062, in *Giust. civ. Mass.*, 2014. In modo sostanzialmente uniforme la Corte segue questo ragionamento: "dal quadro normativo-costituzionale (artt. 2, 9 e 42, nda), e fermo restando il dato "essenziale" della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante "adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", emerge l'esigenza interpretativa di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica ... ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi", sicché "disquisire in termini di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati". Da queste premesse consegue che "là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini" (virgolettati in sentenza). Per una lettura approfondita della tendenza così inaugurata cfr. CAROTA L., *Dai beni pubblici ai beni comuni*, in *Contr. impresa*, 2016, 105 ss.

privilegiando quello inverso che procede “dai beni ai regimi”<sup>514</sup>. Seguendo quest’ultimo itinerario, il quale individua i beni come oggetti, materiali o immateriali, che esprimono diversi “*fasci di utilità*”, dovrebbe, in definitiva, valorizzarsi la scelta dell’ente locale che, nel rispetto del procedimento legislativamente stabilito, intenda optare, in ragione di una loro più proficua utilizzazione, per il *conferimento* alla società affidataria del servizio non solo (o non necessariamente) delle reti, ma più in generale degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali alla produzione del servizio<sup>515</sup>.

Per altro verso, discorrere – come si riscontra nell’art. 9 dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale (co. 3, prima parte: “*le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali di proprietà degli enti pubblici possono essere conferiti, anche in forma associata, a società interamente possedute dall’ente o dagli enti conferenti*”) – di *conferimento* implica il necessario confronto con la disciplina di diritto societario, che l’odierno legislatore non fa più mistero di ritenere applicabile.

Prima di procedervi, occorre, però, premettere un’avvertenza: nella previsione da ultimo richiamata si prevede(va) che, in sede di affidamento o del servizio o della gestione delle reti (quando avvenga unitamente al servizio), “*gli enti competenti all’organizzazione del servizio*” provvedano ad individuare “*le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali destinati alla produzione del servizio*” e che tali beni siano “*vincolati all’uso pubblico*” e ne sia “*garantita la disponibilità al fine dell’affidamento della gestione*”. Con tutta evidenza, questa ipotesi non rileva,

---

<sup>514</sup> Così la *Relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega* della Commissione Rodotà, reperibile sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia.

<sup>515</sup> A livello più generale, va osservato che il recente d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 introduce al co. 3 dell’art. 4 la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire, “*anche in deroga al comma 1*”, partecipazioni in società “*aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato*” e purché ciò avvenga “*al solo fine di ottimizzare e valorizzare l’utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio*”. In proposito, Cons. Stato, Comm. Spec., 21 aprile 2016, in sede di esame del provvedimento, dopo aver rilevato che la “*ampiezza applicativa rischia di consentire la costituzione di molte società pubbliche che, mediante l’espedito del conferimento di beni immobili, possano indirettamente continuare a svolgere attività di impresa, in contrasto con l’intento del legislatore delegante che è quello di limitare e non di moltiplicare l’impiego degli strumenti societari in esame*” e rilevata la non coerenza “*con il complessivo sistema legislativo vigente di dismissione ovvero di valorizzazione del patrimonio pubblico mediante procedimenti disciplinati in modo dettagliato*” che “*prevede specifiche modalità di uso e alienazione di taluni beni pubblici statali mediante il coinvolgimento, in attuazione del principio di sussidiarietà, delle autonomie regionali e locali*”, invitava il Governo a sopprimere il comma in esame. La permanenza in vita di quest’ultimo, tal quale nelle diverse versioni, sembrerebbe, al contrario, avvalorare la ricostruzione proposta nella testo, specialmente ove si consideri che il legislatore del TUSPP non distingue, quanto all’appartenenza (p.e., demanio o patrimonio indisponibile), gli immobili oggetto di conferimento. Per una ricostruzione più approfondita di tale norma si rinvia a BASSI G., *Le società di scopo per la valorizzazione e l’ottimizzazione del patrimonio immobiliare pubblico nel nuovo Testo unico sulle società partecipate*, in *App. e contratti*, 2016, 10 ss.

particolarmente, ai nostri fini: né sotto il profilo del titolo giuridico (presumibilmente, una concessione) in virtù del quale l'ente metterà a disposizione del gestore i predetti beni né contiene spunti innovativi rispetto a quanto si è venuti fin qui dicendo. L'abbandono della concezione tradizionale relativa ai beni pubblici viene, anzi, certificata dalla possibilità che i beni strumentali alla produzione del servizio appartengano ad un soggetto, finanche, privato (*“indipendentemente dalla titolarità della proprietà”*), essendo la destinazione all'uso pubblico garantita da quello che appare un vero e proprio vincolo di destinazione nella seconda delle forme che sono state sopra descritte.

Diverse considerazioni devono prospettarsi avuto riguardo all'altra ipotesi profilata poc'anzi, ovvero quella della costituzione di una società cosiddetta delle reti oppure, ma la conclusione non dovrebbe essere troppo dissimile, dell'acquisizione a titolo oneroso o di conferimento, al patrimonio della società affidataria del servizio, dei beni strumentali.

Quando, invero, l'interprete ha da attribuire un significato ad un termine (nel nostro caso *“conferiti”* e *“conferenti”*) dovrebbe, innanzitutto, attingere al significato che il termine ha nella branca scientifica di appartenenza: dacché, notoriamente, il sistema di diritto societario non solo e non tanto richiede che tutti i conferimenti siano capitalizzati, quanto piuttosto, e soprattutto, mostra di qualificare come conferimenti (in senso tecnico) solo gli apporti imputati a capitale<sup>516</sup>, allora i beni in discorso, quando oggetto di conferimento, andranno, in tal modo, ad assolvere alle svariate funzioni che, tradizionalmente, si attribuiscono al capitale sociale<sup>517</sup>.

---

<sup>516</sup> Così FERRI JR. G., *Sub art. 2342 c.c.*, in SANTOSUOSSO D.U. (a cura di), *Commentario del Codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, Torino, 2015, 756 ss., spec. 777, ma in senso sostanzialmente analogo v. FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, cit., 405 ove si legge che *“nell'ampio concetto di apporto, che abbraccia tutte le figure di possibile finanziamento dell'impresa societaria, soltanto l'apporto di ricchezza corrispondente alla sottoscrizione delle azioni è da considerare conferimento in senso stretto”* (corsivi dell'A.).

<sup>517</sup> Non potendo, in questa sede, dare conto dell'ampissima bibliografia in argomento, si rinvia, per una sintetica ricostruzione delle principali funzioni del capitale nel dibattito dottrinale italiano, a SPOLIDORO M.S., voce *“Capitale sociale”*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 195 ss., spec. §§ 15-16. Con specifico riferimento alla materia che occupa, va registrata la posizione contraria di IBBA C., *Società a partecipazione pubblica: profili privatistici dell'azione pubblica*, in COLOMBINI G. (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali: profili di diritto interno e internazionale*, cit., 61 ss., spec. 73, il quale in merito all'art. 7, co. 10, della legge istitutiva della Patrimonio dello Stato S.p.A. nella parte in cui prevede che *“modalità e valori di trasferimento e di iscrizione dei beni e degli altri diritti costituiti a favore dello Stato nel bilancio della società sono definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, anche in deroga agli articoli 2254, 2342 e seguenti, del codice civile”* rileva che *“le norme appena richiamate sono quelle che regolano i conferimenti in natura, sicché l'autorizzazione a derogarvi parrebbe implicitamente muovere dal presupposto che il trasferimento avvenga o possa avvenire a titolo di conferimento. Ma, per quanto riguarda i beni demaniali, questo è certamente da escludere, essendo da escludere l'imputazione a capitale che ne deriverebbe: il capitale serve, fra l'altro, a «misurare» la garanzia patrimoniale offerta ai creditori, e questa misurazione sarebbe alterata se venissero imputati a capitale beni – come sono senza dubbio quelli demaniali – che alle azioni dei creditori sono sottratti (tanto che si è autorevolmente parlato di un trasferimento a titolo fiduciario)”*.

Più nel dettaglio, se si condivide l'opinione di chi<sup>518</sup>, ponendo l'accento sulla cosiddetta funzione produttiva del capitale sociale, ritiene che l'interpretazione delle regole vigenti dovrebbe essere orientata al principio che ogni funzione del capitale, anche quella di garanzia<sup>519</sup>, “*si realizza attraverso la funzione di conservazione della produttività dell'impresa sociale*”<sup>520</sup>, i beni così conferiti andrebbero, innanzitutto, a dotare la società dei mezzi idonei allo svolgimento di quella peculiare attività d'impresa che ha ad oggetto la produzione di un servizio pubblico locale.

Al fine di corroborare la ricostruzione appena proposta, risalta l'assenza, a differenza di quanto previsto dal comma 2 del citato art. 113 T.u.e.l., di ogni riferimento all'incapacità della “*proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici*”: esprimendosi, al contrario, il precitato art. 9, co. 7 in termini di “*società proprietaria*” e rinviando, in modo innovativo, all'art. 118 del T.u.e.l., che disciplina il trasferimento dei beni dagli enti locali alle società di capitali (con esplicito richiamo alla stima di cui all'art. 2343 c.c.), sarebbe, definitivamente, conclamata la tensione rispetto alla disciplina (forse superata) codicistica.

I beni strumentali in esame non sarebbero più pubblici quanto all'appartenenza, resterebbero tali solamente in virtù della destinazione delle utilità da essi ricavabili alla produzione di un servizio pubblico locale e, correlativamente, funzionali alla garanzia della continuità del servizio medesimo. Di contro, non sembrerebbe configurabile un'elusione del regime della riserva. Siccome sui beni riservati sono possibili i più diversi assetti proprietari<sup>521</sup>, potrebbe essere sufficiente dire che la

---

Quest'ultimo riferimento è, evidentemente, alla posizione di OPPO G., *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, cit., 500. Per le difficoltà che una siffatta impostazione, pur così autorevolmente sostenuta, ingenera sul piano, prima di tutto, contabile cfr. MARTUCCI K., *Profili di diritto singolare dell'impresa*, cit., 117 ss.

<sup>518</sup> Cfr. DI SABATO F., *Diritto delle società*, (aggiornato da) BLANDINI A., III ed., Milano, 2011, 103.

<sup>519</sup> Tradizionalmente, si fa risalire a SIMONETTO E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, *passim*, il riconoscimento della funzione del capitale sociale di creare un patrimonio qualificato destinato alla garanzia dei creditori; per tal via, si perviene ad attribuire rilevanza anche al capitale reale, quale insieme dei beni che compongono il patrimonio attivo e destinati alla funzione di garanzia: poiché il capitale reale è formato nella fase iniziale dai conferimenti, si ritiene che non possa essere oggetto di conferimento qualsiasi entità utile all'attività d'impresa, ma solo quei beni che sono suscettibili di espropriazione e di vendita forzata. Si tratta, però, di una posizione che si ritiene da più parti (su tutti, v. PORTALE G.B., *Dal capitale «assicurato» alle «tracking stocks»*, in *Riv. soc.*, 2002, 146 ss., spec. 152; MIOLA M., *I conferimenti in natura*, in COLOMBO G.E., PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1\*\*\*, Torino, 2004, 8 ss., spec. 32 ss.) superata. In ogni caso, anche a conferma della tesi sostenuta nel testo, va segnalato che nella giurisprudenza di merito (cfr., tra i pochissimi precedenti editi, Trib. Napoli, sez. Ischia, 6 maggio 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), oltre che nella dottrina sopra richiamata, si sta facendo strada l'idea della espropriabilità dei beni conferiti da un comune in una società partecipata.

<sup>520</sup> Segnatamente, tale funzione verrebbe assolta, secondo l'A. citato alla nota 518, dal capitale nominale che assicura che “*al termine di ogni esercizio annuale, si ricostituiscano all'attivo, e non si disperdano mediante distribuzioni ai soci, altrettanti valori corrispondenti a quelli di 'tutti' gli strumenti - i conferimenti, appunto - impiegati nell'attività economica della società*” (virgolettato dell'A.).

<sup>521</sup> ARSÌ M., *I beni pubblici*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, ed. II, Milano, 2003, 1705 ss., spec. 1719, individua, infatti, “*una proprietà individuale accompagnata da*

società conferitaria dei beni strumentali è nel novero dei soggetti legittimati dalla riserva, o meglio, non è nel novero dei soggetti cui la riserva nega la legittimazione<sup>522</sup>.

A tal proposito, va infine osservato, resterebbe escluso che la “privatizzazione” dei beni conferiti possa aver luogo attraverso la circolazione delle azioni. Se, infatti, da un lato scompare, con riguardo alla società patrimoniale, il riferimento alla qualificazione del capitale sociale come “*incredibile*” (cfr. l’abrogato art. 113, co. 13, T.u.e.l.), dall’altro viene confermata l’inammissibilità della partecipazione, “*neanche parziale o indiretta*”, di soggetti privati.

## 6. Brevi considerazioni conclusive.

In conclusione del presente capitolo, sia consentito riprendere l’interrogativo lasciato in sospeso nella *Premessa* non già per offrirne una soluzione – la quale è giocoforza differire all’esito della trattazione condotta nel capitolo successivo –, quanto piuttosto per riassumere i risultati che la riflessione, si spera, ha, finora, partorito.

Conformemente alla prospettiva suggerita in quella sede, si è cercato di guardare alla questione relativa alla fallibilità delle società pubbliche non già soffermandosi su interrogativi tipologici, bensì andando a verificare se nell’attuale contesto normativo la disciplina di diritto comune, segnatamente quella di diritto fallimentare, subisca deroghe a tal punto pervasive.

Allo stato, è possibile, soltanto, constatare che, almeno sotto il profilo dell’anticipazione della crisi, si è, probabilmente, al cospetto di una normativa la quale se, da un lato, contiene oramai doverosi divieti di soccorso finanziario, dall’altro, mira a dotare, come più volte evidenziato, le società pubbliche di strumenti i quali potrebbero consentire a queste ultime di evitare, in una prospettiva temporalmente più ampia, l’insolvenza e, dunque, il fallimento.

Ciò sarebbe, evidentemente, auspicabile nell’ottica del presente contributo: la tempestiva predisposizione di un *piano di risanamento* o del *piano di ristrutturazione aziendale* consentirebbe la continuità aziendale del gestore e, secondo quanto già si è rilevato, il servizio pubblico locale

---

*riserva, una proprietà collettiva accompagnata da riserva, una proprietà esclusa da riserva. Vi sono poi beni riservati sottoposti a riserva ed in gestione a privati, beni sottoposti a riserva senza che ne sia assunta la proprietà”.*

<sup>522</sup> In questi termini, DE BARI F., *Il sistema dualistico della proprietà dei beni destinati a servizi pubblici locali*, in COLOMBINI G. (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, 2008, 239 ss., spec. 267-268. Va riconosciuto che l’A., sebbene riferisca le sue riflessioni al quadro normativo all’epoca vigente (art. 113 T.u.e.l. e art. 23-bis d.l. n. 112/2008), prospetta un regime dualistico della proprietà delle reti non dissimile da quello che sembrerebbe sotteso alla disciplina (forse) in procinto di entrare in vigore: “*da una parte, le «reti pubbliche» per le quali vige un regime di riserva, presidiate dall’incredibilità, sottratte al traffico giuridico e saldamente controllate dagli enti locali proprietari; dall’altra le «reti private» (o privatizzate) appartenenti a soggetti privati che, tipicamente, operano sia a monte, nella gestione della rete, sia a valle, nell’erogazione del servizio agli utenti*” (virgolettati dell’A.).

potrebbe così proseguire senza interruzioni. Si tratta di uno degli snodi cruciali dell'analisi portata avanti nel presente scritto: la (dimostrata) compatibilità tra l'eventuale crisi del gestore e la continuità del servizio scioglie i dubbi, che pure erano stati avanzati, circa la (possibile) contraddittorietà della tesi qui sostenuta. Infatti, stante l'identità di prospettiva dalla quale si muove (il rilievo e la tutela della continuità del servizio) rispetto alle tesi che hanno negato l'assoggettamento alle procedure concorsuali delle società pubbliche (v., soprattutto, quella funzionale), sarebbe, certamente, lecito dubitare della bontà dell'una o dell'altra opzione interpretativa.

Ma, evidenziata la debolezza dell'impianto argomentativo che, talora, caratterizza le ricostruzioni di segno diverso, pare giunto il momento, anche alla luce dell'art. 14 del T.u. partecipate, di occuparsi della ricerca di un (possibile) *trait d'union* tra (non tanto la crisi quanto) l'insolvenza del gestore e la tutela dell'utente, *sub specie* della continuità del servizio.

Come già, parzialmente, emerso nel quarto paragrafo del presente capitolo, sembrerebbe, infatti, che la tensione maggiore tra i contrapposti interessi in gioco si riscontri nel momento in cui viene in emersione la tutela dei creditori sociali: questi ultimi sono portatori di interessi, spesso, assai eterogenei, onde è abbastanza arduo porre quegli interessi a parametro di una scelta impegnativa – e, comunque, rischiosa – quale quella insita nella prosecuzione dell'attività aziendale. Dall'altra parte, si ritrova, invece, la situazione giuridica soggettiva, parimenti meritevole di tutela, di cui risultano titolari gli utenti del servizio, volta a volta, considerato: alla stregua dell'indagine condotta nel primo capitolo (parte I), in capo a costoro dovrebbe configurarsi il diritto ad una prestazione secondo standard di qualità ed efficienza, nel quale dovrebbe farsi rientrare, pure, la pretesa alla continuità del servizio pubblico locale.

Allora, l'obiettivo, che si affida alle pagine che seguono, consisterà, secondo quanto ora si diceva, nell'individuare, attraverso l'applicazione degli strumenti endofallimentari e concordatari predisposti dal diritto fallimentare, uno dei punti di equilibrio del nuovo "sistema" della crisi e dell'insolvenza delle società pubbliche – specialmente, di quelle affidatarie della gestione di un servizio pubblico locale di interesse economico generale –: occorrerà, in altri termini, sperimentare il grado di compatibilità (e, quindi, le presumibili deroghe alla normativa di diritto comune) tra la salvaguardia dell'organismo produttivo (con eventuale vantaggio per il ceto creditorio) e la predetta posizione soggettiva dell'utenza, apparentemente indifferente alle sorti del gestore medesimo.

### CAPITOLO III

#### LA CRISI E L'INSOLVENZA DEL GESTORE:

#### GLI STRUMENTI PER GARANTIRE LA CONTINUITÀ DEL SERVIZIO.

SOMMARIO: 1. ALCUNE RIFLESSIONI PRELIMINARI: LE PROSPETTIVE DI RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE E L'INAPPLICABILITÀ DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI. – 1.1. (SEGUE) SULL'APPLICABILITÀ DEGLI ARTT. 67, CO. 3, LETT. D) E 182-BIS L. FALL. ALLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. – 2. IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE (RI)LETTO ALLA LUCE DELL'ART. 14 TUSPP. – 3. L'ESERCIZIO PROVVISORIO DELL'AFFIDATARIO DI UN SERVIZIO PUBBLICO LOCALE DICHIARATO FALLITO. – 3.1. (SEGUE) L'ESERCIZIO PROVVISORIO "URGENTE". – 3.2. (SEGUE) L'ESERCIZIO PROVVISORIO "SUCCESSIVO". – 4. L'AFFITTO D'AZIENDA E IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITÀ CON L'INTERESSE ALLA CONTINUITÀ DEL SERVIZIO PUBBLICO LOCALE. – 4.1. (SEGUE) ANCORA SULL'INAMMISSIBILITÀ DELL'AFFITTO ENDOCONCORSUALE: IL RUOLO DEL CURATORE NELLA SCELTA DEL CONTRAENTE.

#### **1. Alcune riflessioni preliminari: le prospettive di riforma della legge fallimentare e l'inapplicabilità del nuovo codice dei contratti pubblici.**

Al fine di individuare il tratto unificante cui si accennava nelle brevi considerazioni conclusive del capitolo precedente occorre evidenziare, in prima battuta, le coordinate di fondo dalle quali sembrerebbe opportuno muovere in una simile indagine.

È noto come il legislatore del 2016 sia intervenuto (o abbia inteso intervenire) in molteplici settori che non riguardano esclusivamente la materia delle società partecipate (e, seppur oramai abortita, quella dei servizi pubblici locali di interesse economico generale): si ponga mente – ma alcuni riferimenti sono stati già operati in precedenza – al settore dei contratti pubblici e al disegno di legge delega per *“la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza”*<sup>523</sup>. Si tratta, evidentemente, di ambiti d'intervento, almeno in apparenza, eterogenei che, tuttavia, nella nostra materia trovano un momento di sintesi che mette conto, in questa sede, segnalare.

Sul versante relativo alla (probabile) riforma della legge fallimentare, è possibile osservare che, accanto alla tendenza all'emersione precoce delle crisi d'impresa<sup>524</sup> – della quale, del resto, si trova

<sup>523</sup> Il riferimento è al disegno di legge di cui si è dato conto alla nota 458 ed ivi si rimanda per ulteriori riferimenti.

<sup>524</sup> Benché la necessità di dotare l'imprenditore degli strumenti necessari al fine di prevenire la crisi (ed eventualmente l'insolvenza) sia avvertita da tempo, è possibile riscontrare un deciso *favor* per il ricorso alle procedure di allerta e di composizione, da parte dell'imprenditore, nel disegno di legge citato. A tal uopo, si prevedono la degiurisdizionalizzazione del procedimento (cfr. art. 4, lett. a, ove si attribuisce la competenza a “sezioni specializzate” istituite presso gli organismi di composizione delle crisi previsti dalla disciplina sul sovraindebitamento) e la garanzia della riservatezza (l'art. 4, lett. d, prevede che l'organismo di composizione delle crisi debba convocare il debitore *“in via riservata e sotto il vincolo del segreto professionale”*). Tali ultimi profili sono stati recentemente approfonditi da CATALDO M., *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1021 ss., al quale si rinvia per alcune interessanti notazioni critiche; FERRO M., *Misure di allerta e composizione assistita delle*



ampiamente traccia nel TUSPP (v. cap. II, § 4.1.) –, il disegno di legge delega parrebbe esprimere, altresì, una preferenza per le soluzioni che siano in grado di assicurare la continuità aziendale e la conservazione dei residui valori produttivi delle imprese in crisi<sup>525</sup>. In tale ottica, si lascerebbe in vita soltanto la tipologia del concordato preventivo con continuità aziendale, dichiarandosi, al contempo, “*l’inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria*”<sup>526</sup>.

Invero, il ricorso a soluzioni concordatarie ha rappresentato il viatico, vieppiù valorizzato dalle recenti riforme della legge fallimentare<sup>527</sup>, per la conservazione dell’organismo produttivo<sup>528</sup>,

---

*crisi*, in *Fall.*, 2016, 1032 ss., e ARATO M., *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla commissione Rordorf*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, tomo III, Torino, 2016, 4527 ss., spec. 4536 ss.

<sup>525</sup> Le innovazioni alla disciplina del concordato preventivo sono riassunte da ARATO M., *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla commissione Rordorf*, cit., 4546 ss. Tra queste appaiono, certamente, degne di menzione l’assenza del riferimento al concordato preventivo con riserva e la “*legittimazione del terzo a promuovere il procedimento (di concordato preventivo, nda) nei confronti del debitore che versi in stato di insolvenza*”. Quanto alla prima, secondo l’A. appena citato (p. 4547), l’introduzione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, pur potendo trovare applicazione in alcuni casi nei quali attualmente si fa ricorso al preconcordato, non dovrebbero sostituire quest’ultimo poiché le procedure di allerta e composizione assistita della crisi “*non sono necessariamente seguite da una procedura di concordato preventivo (o di accordo di ristrutturazione dei debiti), sicché deve ritenersi che si aggiungono e non si sostituiscono al concordato preventivo con riserva*”. Di particolare interesse è il riconoscimento della legittimazione dei terzi ad iniziare la procedura di concordato preventivo la quale (ed in tale logica dovrebbe leggersi l’innovazione anche ai nostri fini) dovrebbe costituire “*uno stimolo per il debitore a formulare tempestivamente una proposta di concordato che sia appetibile per i creditori, restando altrimenti esposto al rischio di perdere la propria impresa per iniziativa dei terzi*”.

<sup>526</sup> Così l’art. 6, co. 1, lett. a) del d.d.l. 3671 bis.

<sup>527</sup> In senso critico rispetto a tale “*concretizzazione del nuovo ordine di valori a guisa del quale l’idoneità di alcune regole inerenti agli istituti di salvataggio a procurare lesioni alla par condicio creditorum nel caso di insuccesso è surclassata dall’incremento delle chances di conservazione dell’impresa*” v. RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, cit., 387-388 ove sostiene che “*questo ordine di valori è assai discutibile in quanto l’obiettivo da ultimo cennato è spesso velleitario, mentre i danni derivanti dal ritardo della dichiarazione di fallimento possono essere assai significativi in termini di incremento delle passività. Ma soprattutto, la par condicio creditorum risulta vulnerata in termini cospicui – poiché in caso di esito negativo del tentativo di ristrutturazione l’esenzione da revocatoria determina la riduzione del patrimonio oggetto dell’esecuzione fallimentare, e nel contempo le (vieppiù numerose) prededuzioni alterano l’ordine di soddisfacimento – e a probabile svantaggio dei soli creditori «deboli», in quanto coloro che hanno la forza negoziale di influire sul piano di ristrutturazione o di risanamento, difficilmente accetteranno condizioni per sé sfavorevoli*” (virgolettato dell’A.).

<sup>528</sup> Sul punto, TERRANOVA G., *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, 1 ss., spec. 4, osserva lucidamente: “*l’obbiettivo della «continuità aziendale» – quale che sia il modo in cui lo si persegua – implica un profondo rinnovamento di concetti e di prospettive nell’affrontare i problemi del diritto concorsuale: anche in questo campo – come in molti altri settori dell’esperienza giuridica – saremmo passati da un sistema imperniato sul soggetto (l’imprenditore insolvente) e su una visione statica dei rapporti (i debiti e la loro garanzia patrimoniale) ad un sistema imperniato sull’attività (l’impresa) e su una visione dinamica delle sue relazioni (il ripristino del ciclo produttivo e dei flussi finanziari)*”.

fermo, in ogni caso, *il miglior soddisfacimento dei creditori*. In tale contesto, segnatamente quest'ultimo criterio sarebbe assurdo, secondo una prospettazione<sup>529</sup>, al rango di clausola generale – alla stessa stregua di quella di correttezza e buona fede – utilizzabile ogniqualvolta manchi un parametro di valutazione nella selezione degli interessi giuridicamente rilevanti; solo così facendo, si potrebbe “*estrarre*”, alla stregua del diritto positivo, anche con riferimento ai valori costituzionalmente tutelati, “*quell'interesse protetto dall'ordinamento*”<sup>530</sup> da ritenersi, volta a volta, prevalente.

Sebbene sull'argomento si tornerà tra breve (*sub* § 2), nell'attuale quadro normativo la constatazione della preminenza dell'interesse creditorio troverebbe, poi, conferma nel rilievo in virtù del quale la causa *in concreto*, come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>531</sup>, perseguita per il tramite del concordato con continuità aziendale consisterebbe nella conservazione,

---

<sup>529</sup> Il riferimento è, specialmente, a PATTI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2013, 1099 ss.; in precedenza cfr. MAFFEI ALBERTI A., *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuazione dell'attività*, *cit.*, 307-308. Una conferma di tale posizione si ritrova, altresì, nella recente giurisprudenza di legittimità (v., segnatamente, Cass., sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324 in *Dejure*) ove si legge: “*il criterio della "migliore soddisfazione dei creditori" (solo di recente espressamente codificato, sempre con specifico riguardo al concordato con continuità aziendale, oltre che nel già citata L. Fall., art. 182 quinquies, comma 4, anche nel comma 1, del medesimo articolo, nonché nell'art. 186 bis), individua, come autorevolmente sostenuto in dottrina, una sorta di clausola generale applicabile in via analogica a tutte le tipologie di concordato (ivi compreso quello meramente liquidatorio, mediante cessione dei beni aziendale ...), quale regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura. Alla luce di tale criterio, può agevolmente escludersi non solo che il compimento dell'atto non autorizzato conduca all'automatica revoca del concordato, ma anche che il disvalore oggettivo di tale atto (il pregiudizio che esso arreca alla consistenza del patrimonio del debitore) sia ricavabile, sic et simpliciter, dalla violazione della regola della par condicio, essendo, per contro, ben possibile che il pagamento di crediti anteriori si risolva in un accrescimento, anziché in una diminuzione, della garanzia patrimoniale offerta ai creditori e tenda dunque all'obiettivo del loro miglior soddisfacimento*” (virgolettato nella sentenza).

<sup>530</sup> Prosegue l'A. citato per primo alla nota precedente (p. 1107): “*in tale prospettiva, il maggior soddisfacimento dei creditori diventa allora, oltre che criterio di valutazione, pure fonte di obblighi giuridici da osservare dal debitore nella prospettazione delle richieste e da far rispettare dal giudice nell'autorizzare. E questo è chiamato così ad esercitare una capacità di comprensione delle caratteristiche specifiche della realtà di riferimento, con piena consapevolezza dei problemi e dei peculiari profili suoi propri: come appunto accade per le clausole generali, cui il legislatore ricorre frequentemente*”.

<sup>531</sup> Com'è noto, soltanto di recente il giudice di legittimità (v., specialmente, Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. comm.*, 2013, 333 ss. con nota di CENSONI P. F., *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, e in *Giur. comm.*, 2014, 443 ss., con nota di ALESSI C., *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del tribunale*) è intervenuto sulla delicata questione dell'estensione del controllo giudiziale che il tribunale può esercitare sulla proposta di concordato (nelle varie fasi dell'ammissione alla procedura, dell'omologazione e dell'eventuale revoca), precisando che in tutte queste fasi l'autorità giudiziaria deve verificare la fattibilità giuridica del concordato con un controllo che è sì di legittimità, ma che deve estendersi sino a una valutazione in ordine alla effettiva realizzabilità della causa (concreta) della procedura, senza però entrare mai nel merito delle valutazioni di fattibilità economica della proposta.

anche mediante la ristrutturazione dell'azienda, della redditività; tale conservazione non sarebbe fine a se stessa, ma strumentale, per l'appunto, al pagamento dei creditori<sup>532</sup>.

Da un'analoga prospettiva potrebbe guardarsi anche all'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa il quale, pur non essendo stato attinto dal disegno di legge delega, presenta, come sarà più chiaro nel prosieguo (*sub* § 3), interessanti margini applicativi quanto alla garanzia della continuità aziendale del gestore di un servizio pubblico locale e, dunque, della regolarità del servizio stesso.

Più nel dettaglio, è stato proposto un confronto *circolare* tra la disciplina delle soluzioni negoziali e quella dell'esercizio provvisorio onde poterne individuare le ricadute sul piano del regime applicabile alle soluzioni negoziali medesime<sup>533</sup>. Mentre quest'ultimo profilo non pare, almeno per il momento, meritevole di approfondimento, l'indicazione utile in chiave di sistema che è possibile trarre consiste in ciò che proprio quelle tecniche di gestione alternativa della crisi, essendo caratterizzate da un chiaro favore per la prosecuzione dell'attività d'impresa, dovrebbero indurre nell'interprete un atteggiamento di maggiore apertura verso soluzioni (di continuazione dell'attività produttiva) che consentano di valorizzare le potenzialità di tale istituto<sup>534</sup>. Anche in questo caso, d'altro canto, non potrebbe prescindersi, quale criterio di valutazione e con i limiti che saranno illustrati più innanzi<sup>535</sup>, dall'interesse dei creditori cui l'art. 104 l. fall. subordina, comunque, la scelta a favore dell'esercizio provvisorio.

Del pari, la continuazione dell'attività non sarebbe preclusa anzi favorita dal ricorso all'affitto endofallimentare d'azienda del quale si cercherà, altresì, di sperimentare le possibilità utilizzatrici

---

<sup>532</sup> V., sul punto, la successiva nota 579.

<sup>533</sup> Tale contributo è riconducibile a BARACHINI F., *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: la continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in VIETTI M., MAROTTA F., DI MARZIO F. (a cura di), *The italian change for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi*, Milano, 2014, 29 ss. In senso sostanzialmente conforme, sebbene con riferimento ad un caso concreto, v., pure, PEZZANO A., *Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>534</sup> In altri termini, secondo BARACHINI F., *op. cit.*, 38, “ciò che si suggerisce è che la presa d'atto di come il legislatore abbia inteso tutelare le ragioni dell'impresa – favorendo la possibilità di una continuazione dell'attività produttiva anche in presenza di situazioni di crisi – impone di abbandonare l'idea secondo cui l'esercizio provvisorio integrerebbe una vicenda eccezionale e del tutto contingente, rappresentando invece – secondo un più aggiornato approccio sistematico – un mero (e, per certi aspetti, inevitabile) prolungamento della vita utile dell'impresa”.

<sup>535</sup> Infatti, tale impostazione riconosce all'esercizio provvisorio una finalità, in senso ampio, di risanamento aziendale che, al contrario, viene negata dall'orientamento prevalente (v., ancora, § 3.1. e 3.2.). L'A., probabilmente al fine di evitare possibili obiezioni, propone di leggere siffatti interventi di risanamento come funzionali ad assicurare un miglior soddisfacimento delle pretese creditorie, così motivando: “la questione che si pone diventa allora – non già quella dell'ammissibilità astratta di simili misure – quanto piuttosto quella della valutazione circa la loro compatibilità – in concreto – con l'interesse dei creditori: onde cioè assicurare che l'avvio di gestioni “innovative” possa risultare effettivamente idoneo a procurare una più vantaggiosa liquidazione fallimentare o, quantomeno, ad evitare il pericolo che si verifichi un pregiudizio alla massa attiva” (corsivo e virgolettato dell'A.).

per garantire la permanenza sul mercato dell'azienda del gestore di un servizio pubblico locale. Purtuttavia, anche in questo caso si tratta – come emergerebbe dalla formula utilizzata nell'art. 104-bis, co. 1, 1. fall. (“*quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa*”) – di finalizzare la continuità aziendale al maggior soddisfacimento dei creditori.

In linea generale, guardando all'assetto normativo attuale, sembrerebbe potersi ricavare l'impressione che la salvaguardia dell'organismo produttivo – e, quindi, la continuità aziendale – non costituisca un valore in sé, ma sia funzionale alla tutela dell'interesse dei creditori. Questa rappresenterebbe, insomma, una prima traccia da seguire nella ricerca degli spazi di tutela della posizione soggettiva dell'utenza nell'ipotesi in cui il gestore versi in uno stato di crisi o di insolvenza.

Se si privilegia, invece, una prospettiva *de iure condendo*, non ci si può esimere dal riscontrare, quanto alle innovazioni che dovrebbero riguardare la disciplina dello strumento concordatario (con continuità aziendale), un'opposta tendenza. È stato, infatti, osservato<sup>536</sup> che, nel disegno di legge delega, si porrebbe l'accento sulla continuità come valore in sé, comportando così la retrocessione dell'interesse dei creditori finora, come detto, considerato in posizione di priorità rispetto ai molteplici interessi da bilanciare reciprocamente. A titolo esemplificativo, si richiama l'art. 2, lett. g) del disegno di legge delega cit. che impone di “*dare priorità di trattazione, salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche per il tramite di un diverso imprenditore, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non venga proposta idonea soluzione alternativa*”; ma il già segnalato superamento della finalità meramente liquidatoria verrebbe assicurato, partitamente, mediante la previsione di un adeguato piano che “*sia consono anche al soddisfacimento, per quanto possibile, dei creditori*”<sup>537</sup>.

Certamente, il (probabile) ridimensionamento dell'interesse dei creditori potrebbe consentire, nel nostro campo d'indagine, di dare, più agevolmente, ingresso (e bilanciare o, addirittura, far prevalere) all'interesse degli utenti alla continuità del servizio il quale, salvo probabilmente l'eccezione dell'esercizio provvisorio c.d. urgente (v. *infra*), non parrebbe assumere un'autonoma rilevanza nell'ambito degli strumenti endofallimentari e concordatari (attualmente previsti); nondimeno, sarebbe scorretto, a livello metodologico, esaltare quella che, allo stato, è soltanto

---

<sup>536</sup> Cfr. MACAGNO G. P., *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 2016, 1074 ss., spec. 1083-1084.

<sup>537</sup> In particolare, secondo l'A. citato alla nota precedente, “*il favor espresso del legislatore interno verso la continuità come valore in sé corrispond(e) a chiare indicazioni di settore provenienti dall'UE, prima fra tutte quella, contenuta nel I Considerando della Raccomandazione n. 2014/135/UE della Commissione del 12 marzo 2014, di «garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale»*” (virgolettato dell'A.).

un'indicazione circa le possibili modifiche relative al "riordino" della disciplina in materia fallimentare (*rectius*, atteso il cambiamento anche nominalistico<sup>538</sup>, in materia di "insolvenza" e "liquidazione giudiziale").

Si potrebbe, ad ogni buon conto, pensare di utilizzare le tracciate linee di tendenza per limitare, tra gli strumenti concordatari, l'esame al concordato con continuità aziendale – destinato, in un futuro prossimo, a divenire l'unico utilizzabile – e, ma questo dovrebbe valere anche per l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda, evitare (seppur nei limiti di quanto risulta dal diritto positivo) forme di assolutizzazione dell'interesse creditorio.

Volgendo, allora, lo sguardo alla disciplina (vigente) contenuta nell'art. 186-*bis* l. fall., colpisce come l'introduzione della fattispecie del concordato con continuità aziendale sia stata, all'epoca, accompagnata dalla contestuale modifica della normativa contenuta nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Infatti, alla previsione di cui al comma terzo dell'art. 186-*bis* l. fall. a mente della quale "i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura" e "sono inefficaci eventuali patti contrari"<sup>539</sup>, ha fatto da *pendant* la modifica – ad opera dello stesso d.l. 22 giugno

---

<sup>538</sup> L'art. 2, lett. a), del disegno di legge delega impone di sostituire il termine "fallimento" (e i suoi derivati) con espressioni equivalenti quali, per l'appunto, "insolvenza" e "liquidazione giudiziale".

<sup>539</sup> La disciplina si completa con i commi quarto (introdotto con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 conv. con mod. in l. 21 febbraio 2014, n. 9), quinto e sesto del suddetto articolo. La prima di tali disposizioni stabilisce che la partecipazione del debitore a procedure di affidamento di contratti pubblici nella fase che va dalla presentazione del ricorso all'ammissione al concordato deve essere autorizzata dal tribunale: come è stato notato (NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Sub art. 186-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, 560 ss., spec. 569-570), essa "è pensata nell'ottica del concordato (con continuità aziendale) con riserva, atteso che il tribunale rilascia l'autorizzazione, viene precisato, «acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina provvede il tribunale»; e, com'è noto, il commissario giudiziale può essere nominato prima ancora dell'ammissione alla procedura, solo nel c.d. concordato in bianco". Di particolare interesse pure il comma 5 il quale consente la partecipazione dell'impresa ammessa al concordato con continuità alla procedura di assegnazione di contratti pubblici a due condizioni: la prima è quella della specifica attestazione da parte di un professionista della "conformità al piano" di tale partecipazione e della "ragionevole capacità di adempiere al contratto" da parte del debitore; l'altra è costituita dalla dichiarazione di un altro operatore, in possesso dei requisiti necessari per l'affidamento del contratto, che si impegni, nei confronti dell'impresa e del committente, a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione del contratto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca. Rispetto all'istituto dell'avvalimento – alla quale pure è stata accostata – quest'ultima dichiarazione, secondo SADILE L., *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), si differenzerebbe poiché "non si tratta di una mera facoltà ma di un obbligo da adempiere anche qui necessariamente in vista della partecipazione ad una gara pubblica allo scopo di garantire il subentro dell'impresa ausiliaria in ogni caso in cui il concorrente/aggiudicatario non sia in grado di eseguire la prestazione, per intervenuto fallimento o per qualsiasi altra ragione". Va detto, però, che il co. 5, lett. b) in discorso dovrebbe reputarsi tacitamente abrogato per effetto dell'art. 110, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016 - di cui si dirà tra breve nel testo - il quale prevede che l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità non necessita, al fine della prosecuzione nel contratto pubblico ovvero della partecipazione alla procedura di aggiudicazione,

2012, n. 83 (conv. con mod. in l. 7 agosto 2012, n. 134) – dell’art. 38, comma 1, lett. a), del vecchio codice dei contratti pubblici. In particolare, la nuova versione di detto articolo, nel ribadire che lo stato di fallimento, di liquidazione coatta e di concordato preventivo o la sottoposizione al procedimento per la dichiarazione di uno di tali stati costituiscono cause di esclusione dalle gare, contempla(va) l’inciso “salvo il caso di cui all’art. 186 bis, r.d. 16 marzo 1942, n. 267”.

La finalità dell’intervento legislativo nel settore della crisi dell’impresa operante quale contraente della p.a.<sup>540</sup> è sembrata abbastanza chiara: si consente al debitore che abbia optato per il concordato con continuità aziendale di conservare tale *status* nella consapevolezza che solo evitando lo scioglimento del relativo contratto si possa recuperare l’equilibrio economico e finanziario e, in definitiva, preservare l’organismo produttivo<sup>541</sup>. Il combinato disposto degli artt. 38, co. 1, lett. a), d. lgs. n. 163 del 2006 e 186-bis l. fall. al quale è stato, sino a questo momento, affidato il rapporto tra procedure concorsuali e i contratti pubblici deve, però, misurarsi con la recente innovazione legislativa alla quale si accennava in principio.

Infatti, il legislatore del 2016, intervenuto a dettare una nuova disciplina in materia di contratti pubblici e concessioni (il d.lgs. n. 50/2016 cit.), ha portato, in certa misura, a compimento il percorso inaugurato con le richiamate modifiche del 2012, ammettendo la compatibilità tra contratti pubblici e procedure concorsuali anche diverse dal concordato preventivo con continuità aziendale,

---

dell’avvalimento dei requisiti di altro soggetto: così, in dottrina, VISAGGIO G., *Fallimento (art. 110, d.lgs. n. 50 del 2016)*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Nel diritto ed., Roma, 2016, 759 ss., spec. 767.

<sup>540</sup> Per ragioni di sintesi, non è possibile, in questa sede, indugiare sulle questioni cui, sotto il regime previgente, l’applicazione dell’istituto del concordato con continuità aziendale ha dato luogo nell’ambito delle procedure di gara ad evidenza pubblica; pertanto, si rinvia agli studi che hanno, diffusamente, indagato tale tematica. Tra questi si segnalano: MACAGNO G. P., *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fall.*, 2014, 670 ss.; CIPPITANI R., *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 422 ss.; MANGANI R., *Il concordato con continuità aziendale e i contratti pubblici: opportunità e problemi*, in *Riv. trim. appalti*, 2015, 145 ss.; DE SENSI V., *Appalto pubblico e crisi d’impresa*, in *Dir. fall.*, 2015, 623 ss.; BORGHI E. e CARLINI G., *Crisi d’impresa e contratti pubblici. Il favor normativo per la continuità aziendale*, in *Riv. trim. appalti*, 2016, 193 ss.

<sup>541</sup> Un’analoga *ratio* degli interventi normativi richiamati nel testo viene individuata, tra gli altri, da NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Sub art. 186-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli, cit.*, 571, e MANGANI R., *Il concordato con continuità aziendale e i contratti pubblici: opportunità e problemi, cit.*, 150. In particolare, l’A. citato da ultimo sottolinea (p. 149) come, sotto la previgente formulazione dell’art. 38, co. 1, lett. a), d. lgs. n. 163/2006, l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, nella determinazione 10 gennaio 2012, n. 1, avesse evidenziato la necessità, in relazione al tema dell’esclusione dalle gare, di effettuare una diversa valutazione rispetto alle imprese sottoposte a concordato preventivo. Nel ricordare che, in base all’interpretazione letterale dell’art. 38, la sottoposizione dell’impresa alla procedura di concordato preventivo non poteva che comportare l’esclusione della stessa dalla gara, l’Autorità aveva rilevato, *de iure condendo*, l’opportunità di una modifica legislativa tenendo conto della *ratio* ispiratrice del concordato preventivo risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 5 del 2006, volte a valorizzare la finalità di riattivazione dell’attività aziendale.

ovvero estendendone l'ambito di applicazione alle ipotesi del fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 110, co. 3), della presentazione di proposta di concordato preventivo c.d. in bianco e di ammissione al concordato liquidatorio (art. 110, co. 4)<sup>542</sup>.

Va precisato, peraltro, che sussiste tra le ipotesi appena menzionate una notevole disparità di trattamento in quanto nel primo caso (fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio o ammissione al concordato con continuità aziendale) l'impresa "su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC" potrebbe sia "partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto" sia "eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale"; diversamente, nelle altre due (proposta di concordato preventivo in bianco<sup>543</sup> e ammissione al concordato liquidatorio<sup>544</sup>) l'impresa potrebbe soltanto "eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC".

---

<sup>542</sup> Per un tale rilievo cfr. VISAGGIO G., *Fallimento (art. 110, d.lgs. n. 50 del 2016)*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici, cit.*, 770. Resta fermo, in ogni caso, il necessario coordinamento tra l'art. 110 e l'art. 80, co. 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 il quale prevede che "le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico" qualora quest'ultimo "si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni". A proposito di tale ultima norma v. TAR Lazio, sez. III, 5 dicembre 2016, n. 12115, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), ove si legge che "il concordato preventivo e il concordato con continuità aziendale non sono ipotesi equi ordinate o analoghe. Infatti, il concordato preventivo, al pari del fallimento o della liquidazione coatta, è causa di esclusione dalle gare. Invece, nelle ipotesi di concordato con continuità aziendale la disciplina richiamata prevede una eccezione alla regola dell'esclusione per sottoposizione al concordato preventivo, consentendo la partecipazione alle gare. Di conseguenza può ritenersi che soltanto il concorrente sottoposto ad una procedura di concordato è tenuto a precisare se si tratti o meno di concordato con continuità, che gli consente di partecipare alle procedure di evidenza pubblica".

<sup>543</sup> Stante la disarmonia tra l'art. 186-bis, co. 4, l. fall. citato in precedenza e l'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016 che, al co. 3, consente unicamente all'imprenditore ammesso al concordato con continuità di partecipare a procedure di affidamento e di eseguire i contratti già stipulati, concludono per l'abrogazione tacita del co. 4 dell'art. 186-bis l. fall.: VISAGGIO G., *Fallimento (art. 110, d.lgs. n. 50 del 2016)*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici, cit.*, 764-765, e ATTANASIO M., *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org). Contra PEZZANO A. e RATTI M., *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2016, 757 ss., spec. 761, secondo cui "una serie di complementari considerazioni conducono ad apprezzare una lettura controcorrente: i) anzitutto il richiamo espresso ai soli contratti pendenti non sembra di per sé ostativo, atteso che, in passato, non era affatto scontata la prosecuzione dei rapporti in corso; ii) in secondo luogo, l'art. 186 bis, comma 4, l.fall. non è stato esplicitamente abrogato; iii) di poi, l'art. 110, comma 4, prevede, in evidente quanto parziale modifica dell'art. 186 bis, comma 5, l. fall., che solo l'impresa già ammessa al concordato in continuità non debba necessariamente ricorrere all'avvalimento, tantomeno "rinforzato", per partecipare ad una procedura di affidamento; iv) infine, il generico riferimento "ad impresa in concordato", di cui al successivo comma 5 relativo all'avvalimento "rinforzato", potrebbe anche riferirsi all'ipotesi in cui sia stato, a tutti gli effetti, introdotto il concordato con riserva" (virgolettato degli AA.).

<sup>544</sup> Critica, in dottrina, rispetto ad una simile disparità di trattamento con riferimento al concordato con *cessio bonorum* VISAGGIO G., *Fallimento (art. 110, d.lgs. n. 50 del 2016)*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *La nuova disciplina*

Tralasciando l'agevole constatazione della rilevanza attribuita allo strumento endofallimentare dell'esercizio provvisorio che, ad una prima impressione, sembrerebbe essere stato letto secondo quella prospettiva (di valorizzazione) alla quale si accennava dianzi – tanto più ove si consideri la natura (pubblica) dell'interesse che viene ad essere bilanciato con quello alla salvaguardia dell'organismo produttivo –, occorrerebbe interrogarsi circa i possibili margini applicativi che la disposizione di cui all'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016 potrebbe assumere nella materia che occupa.

Prima di procedervi, è d'uopo precisare, per ragioni di completezza, che il primo comma della norma in commento contiene un meccanismo (già noto al codice dei contratti pubblici del 2006<sup>545</sup>) di scorrimento della graduatoria – consistente nell'interpellare “*progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori*” – nell'ipotesi dell'apertura di una “*procedura di insolvenza concorsuale*” o di liquidazione a carico dell'appaltatore, nonché in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto.

Nel tentativo di realizzare un coordinamento (anche diacronico) tra i primi commi dell'art. 110, potrebbe ipotizzarsi che mentre per il concordato in continuità, non producendosi l'immediata risoluzione del contratto, il debitore in crisi disporrebbe di un adeguato margine temporale per meglio valutare le proprie determinazioni in merito alla prosecuzione o meno del contratto pubblico, così non accadrebbe nel concordato con cessione dei beni e in caso di fallimento per i quali sembrerebbe trovare applicazione, quale prioritaria opzione, il diritto al subingresso degli altri partecipanti<sup>546</sup>.

---

*degli appalti pubblici, cit., 766, sulla base del rilievo per cui “appare francamente singolare l'inserimento di una disposizione che, in qualche modo contraddicendo alle caratteristiche ontologiche di una procedura di carattere liquidatorio, quale il concordato preventivo con cessione dei beni, consenta invece all'imprenditore che vi abbia accesso l'esecuzione di un contratto pubblico, atteso che, in via di principio, la cessione ai creditori del patrimonio dell'imprenditore (ivi inclusa l'azienda) ben potrebbe rendere inefficiente, o addirittura impossibile, l'adempimento degli obblighi facenti capo, in sede di esecuzione, all'appaltatore”.*

<sup>545</sup> Per un esame delle novità contenute nell'art. 110 rispetto al previgente art. 140 si rinvia a SINISI V., *Sub art. 110*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida ANAC*, Dike ed., Bari, 2016, 454 ss.

<sup>546</sup> In questi termini, pure, PEZZANO A. e RATTI M., *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2016, 757 ss., spec. 759-760 ove rilevano: “*emerge che, mentre in caso di concordato in continuità è l'appaltatore in crisi a scegliere se proseguire o meno nel rapporto, in caso di concordato con cessione dei beni e di fallimento, il «boccino» passa alla stazione appaltante: fatta, comunque, salva, in ciascuna delle tre ipotesi, la possibilità, per l'appaltatore, di cedere il contratto ex art. 106, e sempre che, nelle ipotesi di concordato con cessione dei beni e fallimento, la stazione appaltante non abbia anticipatamente esercitato la prerogativa di cui all'art. 110, commi 1 e 2*” (virgolettato degli AA.).



Di conseguenza, nell'ipotesi dell'affidamento della gestione del servizio mediante gara<sup>547</sup> ad un soggetto diverso dalla società *in house providing* (e dalla società mista ma v. *infra*) – quindi nell'ipotesi di esternalizzazione del servizio – sarebbe prospettabile, quando si verifici la crisi o l'insolvenza del gestore medesimo, una situazione di questo tipo: la stazione appaltante sarebbe legittimata a sostituire il gestore dichiarato fallito (o ammesso al concordato con cessione dei beni) con altri partecipanti alla selezione risultati non aggiudicatari, a meno che il gestore medesimo non sia stato ammesso al concordato con continuità aziendale ed intenda, sussistendo le condizioni ora descritte, proseguire nel rapporto contrattuale.

Un meccanismo parzialmente dissimile dovrebbe trovare applicazione nell'ipotesi in cui il servizio venga gestito in forza di una concessione: l'art. 175 del nuovo codice dei contratti pubblici esclude, infatti, alla lett. d), n. 2, il necessario vaglio dell'evidenza pubblica per la modifica del contratto quando “*al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ... 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 ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore*”.

Sembra plausibile sostenere che il riferimento testuale alla *successione al concessionario iniziale di un altro operatore economico* in caso di *insolvenza* debba interpretarsi nel senso del trasferimento (nel fallimento) dell'azienda del concessionario; così configurata la fattispecie, quest'ultima si avvicinerrebbe – pur trattandosi di norma da interpretare restrittivamente<sup>548</sup> e, comunque, al ricorrere del (diverso) presupposto oggettivo dello stato di crisi – a quella prevista dall'art. 186-*bis*, co. 3, l. fall. nella parte in cui ammette al beneficio della continuazione dei

---

<sup>547</sup> Si tenga presente, infatti, la definizione di “*affidamento del servizio*” contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. c), dello schema di Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale: “*il contratto a titolo oneroso di appalto o concessione, stipulato nelle forme consentite dall'ordinamento, in virtù del quale gli enti pubblici competenti ai sensi del presente decreto affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione dei servizi ..., nonché l'esecuzione di lavori e opere pubbliche a esse strutturalmente e direttamente collegati, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*” (corsivo di chi scrive). A livello generale, occorre rimarcare la difficoltà di individuare una distinzione (netta) tra appalto e concessione: per un recente approfondimento della problematica (ma v. quanto già rilevato *sub nota* 272) si rinvia a COSTABILE F., D'ADAMO V., *Concessione di servizi e cessione del ramo d'azienda*, in *Urb. e app.*, 2014, 377 ss., spec. 378 ss.

<sup>548</sup> Infatti, secondo DE PAULI L., *Sub art. 175*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida ANAC*, cit., 614 ss., i casi nei quali non sarebbe necessario l'esperimento della gara per la modifica del concessionario sarebbero tassativi e di stretta interpretazione.

contratti pubblici, “*in presenza dei requisiti di legge*”, “*anche la società cessionaria o conferitaria di rami d’azienda cui i contratti sono trasferiti*”.

Pertanto, si potrebbe, in via di definizione del preannunciato punto di sintesi tra la disciplina della crisi d’impresa (e le correlate prospettive di riforma) e la rinnovata normativa in materia di contratti pubblici, confermare l’impressione – valida pure con riguardo al soggetto affidatario tramite gara del servizio pubblico locale – che l’interesse delle stazioni pubbliche appaltanti alla regolare esecuzione della prestazione debba essere, giocoforza, temperato con quello relativo al salvataggio dell’impresa in crisi specie ove quest’ultima venga ammessa al concordato con continuità aziendale o, una volta dichiarato il fallimento, all’esercizio provvisorio. Resta, a questo punto, da verificare l’estensibilità della normativa (in materia di contratti pubblici e concessioni) alle società di autoproduzione e a quelle miste.

Sul punto, nonostante alcuni tentativi di ampliarne (perlomeno quanto ai principi generali) l’ambito applicativo alla nostra materia<sup>549</sup>, si è persuasi che la disciplina della crisi dell’impresa-contrante della p.a. non sia suscettibile di essere estesa, in via interpretativa, alla società *in house providing* stante l’inequivoco tenore letterale dell’art. 5 del d. lgs. n. 50/2016<sup>550</sup>. Il primo comma della citata norma dispone, infatti, che “*una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell’ambito di applicazione del presente codice*” se ricorrono le ormai note condizioni legittimanti l’*in house providing*<sup>551</sup>. Diversamente dovrebbe opinarsi per le società a partecipazione mista pubblico-privata. Per queste ultime, richiamandosi alla mente la distinzione operata in precedenza (v. *sub cap.* I, parte II, § 4), si potrebbe sostenere che mentre per le società miste costituite ai sensi dell’art. 180 del d.lgs. n. 50/2016 trovi applicazione proprio la disciplina della modifica dei contratti durante il periodo di

---

<sup>549</sup> V., in tal senso, la posizione di CUOCO M., *La gestione della crisi di una società in house*, in *www.osservatorio-oci.org*, di cui *amplius sub nota* 676.

<sup>550</sup> Sotto il previgente codice degli appalti, cfr. DEMURO I., *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, *cit.*, 572 ss. ed ora in IBBA C., DEMURO I., *Il fallimento dell’impresa pubblica in forma societaria*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, tomo I, *cit.*, 368 ss., spec. 385 ss., il quale ritiene il meccanismo di scorrimento della graduatoria *ex art.* 140 d.lgs. n. 163/2006 inapplicabile qualora l’affidamento sia stato effettuato *in house* e quindi senza gara, mentre a proposito della gestione del servizio in concessione osserva che “*l’inapplicabilità del Codice dei contratti pubblici prevista dall’art. 30 dello stesso dovrebbe a priori ostacolare la circolazione (dell’azienda e dell’attività) sulla base di scelte della procedura, ma anche della stessa amministrazione pubblica affidante che dovrà procedere, previa dichiarazione di decadenza dell’originaria concessione, alla scelta di una nuova modalità gestoria*”.

<sup>551</sup> Per un approfondimento relativo all’ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 e, segnatamente, ai contratti c.d. esclusi si rinvia al contributo di MEALE A., *I contratti esclusi dall’ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 919 ss.

efficacia di cui al precitato art. 175, lett. d), n. 2 – e, probabilmente, pure quella contenuta nell'art. 110<sup>552</sup>–, le società miste strumentali, stante il disposto del sesto comma dell'art. 17 T.u. partecipate, sarebbero, invece, estromesse dal relativo ambito di applicazione<sup>553</sup>.

L'aver escluso l'applicabilità dell'art. 110 o dell'art. 175 del d.lgs. n. 50/2016 non parrebbe determinare, come si cercherà di dimostrare nei paragrafi seguenti, lo scioglimento *tout court* della relazione contrattuale (contratto di servizio) tra l'ente (o gli enti) locale affidante e la società (domestica o mista strumentale) affidataria al verificarsi della crisi o dell'insolvenza. Effettivamente, queste ultime – pur costituendo, astrattamente, una giusta causa di revoca dell'affidamento<sup>554</sup> – potrebbero essere gestite tramite gli strumenti del concordato con continuità aziendale *ex art. 186-bis l. fall.* e dell'esercizio provvisorio (mentre più problematica, come si vedrà, appare l'adopterabilità, a tal fine, dell'affitto endoconcorsuale di azienda), i quali, anche all'esito del ragionamento svolto, sarebbero attivabili proprio per l'ipotesi di continuazione dell'attività d'impresa. Ma, considerata la peculiare disciplina dettata dall'art. 14 T.u. partecipate e le caratteristiche tipologiche dei soggetti affidatari, sarà necessario vagliarne il grado di compatibilità con la disciplina di diritto comune.

### **1.1.(segue) Sull'applicabilità degli artt. 67, co. 3, lett. d) e 182-bis l. fall. alle società a partecipazione pubblica.**

---

<sup>552</sup> Infatti, l'art. 179 del d.lgs. n. 50/2016 dichiara applicabili alle procedure di affidamento di cui alle norme successive “*le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI in quanto compatibili*”, ma, al secondo comma, prevede che si applichino, per quanto compatibili, “*le ulteriori disposizioni della parte II indicate all'articolo 164, comma 2*”, tra le quali si ritrovano quelle relative alle “*modalità di esecuzione*”: sembrerebbe, così, applicabile anche l'art. 110.

<sup>553</sup> Non ci si occuperà, nella presente sede, né della crisi relativa al solo socio privato né dell'eventuale dissesto dell'ente locale. Nel primo caso, sembra agevole il rilievo per cui al verificarsi della crisi del socio privato si dovranno attivare i rimedi societari e contrattuali previsti per l'inadempimento del *partner* industriale, ovvero la risoluzione del contratto di appalto o di concessione, lo scioglimento della società e soprattutto lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio, in virtù della sua esclusione dalla s.r.l. o del riscatto della sua partecipazione azionaria, che può essere statutariamente condizionato all'inadempimento degli obblighi da esso assunti sulla base del contratto con l'ente affidante, anche in virtù dei patti parasociali. Nel caso, invece, di dissesto dell'ente pubblico partecipante (e dell'inadempimento dei suoi obblighi contrattuali, parasociali e statutari), tra i possibili rimedi, potrebbe annoverarsi, ove statutariamente previsto, il recesso del socio privato, collegato eventualmente alla risoluzione del contratto di appalto o di concessione con l'ente pubblico affidante. In termini analoghi, v. GUERRERA F., *Le società a partecipazione mista pubblico-privata, Relazione al Convegno “Le “nuove” società partecipate e in house providing alla luce dei testi unici su società partecipate e servizi pubblici locali”*, cit.

<sup>554</sup> Infatti, come affermato da VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 203, “*l'insolvenza, come manifestazione conclamata di una gestione inefficiente ed antieconomica, può costituire sia una ipotesi di revoca espressa nel contratto sia una ipotesi di revoca tacita o implicita, in assenza di un'espressa previsione contrattuale, in quanto integrerebbe gli estremi di una giusta causa di revoca per inadempimento o inesatto adempimento del contratto di servizio*”.

Prima di procedere a tale verifica, non pare possibile esimersi dal dedicare qualche breve riflessione circa l'utilizzabilità, da parte delle nostre società, del piano attestato di risanamento previsto dall'art. 67, co. 3, lett. d), 1. fall. e degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis 1. fall.: istituti che risulterebbero, in ogni caso, utili ai fini della continuazione del servizio pubblico locale da parte dell'affidatario in stato di crisi.

In proposito può rilevarsi che le difficoltà maggiori si rinvencono nell'assenza all'interno dell'enunciato normativo, contenuto nel primo comma dell'art. 14 TUSPP, di ogni riferimento ai predetti strumenti di soluzione della crisi.

Con riguardo al primo, sembra sufficiente recuperare le osservazioni svolte in precedenza a proposito del contenuto del *piano di risanamento* oggetto di menzione nel secondo comma del richiamato articolo 14; si è rilevato (*sub cap. II, § 4.1.*), in particolare, che in corrispondenza di una crisi finanziaria o di una crisi – industriale – da cui consegue una crisi finanziaria, ove quest'ultima si manifesti in maniera, comunque, “lieve”, l'*idoneo* piano di risanamento potrebbe assumere le sembianze di un vero e proprio piano attestato di risanamento (contemplato, per l'appunto, dall'art. 67, co. 3, lett. d), 1. fall.)<sup>555</sup>, stante l'identica finalità che i due istituti perseguirebbero.

Per converso, maggiormente problematica sarebbe la spiegazione relativa all'assenza di ogni riferimento<sup>556</sup> sull'ammissibilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti al verificarsi della crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica. La norma, come si anticipava, fa parola dell'assoggettabilità “*alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo*”, escludendo, almeno dal punto di vista letterale<sup>557</sup>, il ricorso all'accordo in esame. Il problema appare,

---

<sup>555</sup> Di contrario avviso D'ATTORRE G., *La crisi nelle società a partecipazione pubblica*, in FIMMANÒ F. – CATRICALÀ A., *Le società pubbliche*, cit., 680-681, il quale, tuttavia, ammette che “*il contenuto dei due piani sarà necessariamente molto simile (anche se non perfettamente coincidente), perché, da un lato, il piano ex art. 14 T.U., malgrado l'infelice formulazione letterale, dovrà necessariamente tendere ad un recupero non solo dell'equilibrio economico, ma anche di quello finanziario, e, dall'altro, il piano ex art. 67 l. fall. non potrà comunque trascurare di prendere in considerazione anche (e soprattutto) il profilo economico*”.

<sup>556</sup> Diversamente da quanto previsto dall'art. 14 nella primissima versione (antecedente a quella approvata, il 20 gennaio 2016, in sede di esame preliminare da parte del Consiglio dei ministri) del disegno di legge. Al comma quarto si trovano, infatti, riferimenti testuali agli strumenti che, in questa sede, occupano: “*il piano di risanamento o la proposta di concordato o di accordo di ristrutturazione dei debiti della società sono deliberati dall'organo amministrativo*”. Fermo quanto si dirà nel testo, il venir meno di tale espressa menzione non sembrerebbe denotare una *voluntas legis* tesa ad espungere, dallo strumentario adoperabile al fine del superamento della crisi, gli strumenti in discorso, piuttosto la versione finale sarebbe il frutto di un complessivo rimaneggiamento della formulazione della norma all'insegna, a quanto pare, di una maggiore chiarezza.

<sup>557</sup> A meno di non voler ritenere già di per sé sufficiente, per l'ammissione agli accordi di ristrutturazione dei debiti da parte delle società a partecipazione pubblica, il riferimento “*alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo*” (riproducendo, in sostanza, il disposto dell'art. 1, co. 1, l. fall.) attesa la collocazione della regolazione degli

chiaramente, intersecarsi con quello, alquanto noto, concernente la collocazione sistematica di questo istituto.

Ora, se lo si inquadra – come, peraltro, fa una parte della dottrina esaltando gli aspetti, per dir così, processual-pubblicistici della relativa disciplina – alla stregua di un concordato semplificato o *sub-concordato*<sup>558</sup> o, comunque, secondo una prospettiva concorsuale<sup>559</sup>, non sussisterebbero particolari ostacoli nell'estendere alle società *in house* e miste la possibilità di attivare tale opzione. Più nel dettaglio, secondo tale impostazione, concordato ed accordi presenterebbero identità di presupposti oggettivi e soggettivi: la facoltà di presentare istanza di omologazione dovrebbe, difatti, essere riconosciuta soltanto agli imprenditori menzionati nell'art. 1 l. fall., e cioè agli imprenditori commerciali dimensionalmente qualificati alla luce dei parametri indicati dal comma 2 del medesimo art. 1, così come rivisitato dal d.lgs. n. 169 del 2007<sup>560</sup>.

---

accordi all'interno del titolo dedicato alla disciplina del concordato preventivo. Quest'ultimo, segnatamente, costituisce pure un argomento utilizzato a favore dell'inquadramento degli accordi di ristrutturazione dei debiti quale *sub-concordato* (cfr. VALENSISE P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.: spunti per una possibile prosecuzione del dibattito sull'inquadramento*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. II, Bari, 2011, 1485 ss., spec. 1509), ma, come si dirà *infra*, esso è stato oggetto di critica da parte dei sostenitori della tesi di diverso segno.

<sup>558</sup> In dottrina, questa lettura è stata proposta, tra gli altri, da VALENSISE P., *Sub art. 182-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Liquidazione coatta amministrativa*, tomo III, Torino, 2010, 2249 ss., spec. 2254-2255 ove configura l'accordo *ex art. 182-bis* come “un concordato semplificato che si apre quando l'imprenditore in stato di crisi, ferma restando la (nuova) possibilità di ottenere anticipatamente una protezione temporanea, funzionale ad agevolare la raccolta dei consensi dei creditori, ha già raggiunto l'accordo con i creditori o, meglio con la prescritta maggioranza dei medesimi, e che si risolve direttamente nel giudizio di omologazione ... si tratta di una procedura quindi più agile e rapida che sfruttando la flessibilità tipica degli strumenti negoziali, inizia in quel momento che invece nel concordato preventivo costituisce uno stadio intermedio ... la lettura proposta si risolve quindi in una valorizzazione degli aspetti negoziali, collocati però in una prospettiva sistematica che rimane di tipo processual-pubblicistico”. Per una diffusa ricostruzione degli argomenti a favore della qualificazione in termini di *sub-concordato* si rinvia a ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 133 ss.

In senso conforme, v., altresì, PEZZANO A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, parte II, 2006, 674 ss., spec. 690-691, e VERNA G., *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182-bis, legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2007, 942 ss.

<sup>559</sup> Fa rientrare gli accordi in esame nell'ambito delle procedure concorsuali FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2008, 81 ss.

<sup>560</sup> In questi termini, cfr., ancora, VALENSISE P., *Sub art. 182-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 395 ss., spec. 399 ss.; invece, secondo l'A. (nt. 21), la possibilità, per gli imprenditori agricoli “in stato di crisi o di insolvenza” di accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter l. fall., costituirebbe “una disposizione di natura eccezionale, che si ritiene di portata del tutto neutra in prospettiva concorsuale. Posta la generale non assoggettabilità dell'imprenditore agricolo alla disciplina concorsuale, tale previsione appare piuttosto diretta a mettere a disposizione dell'imprenditore agricolo in crisi uno strumento funzionale ad una più agevole interlocuzione collettiva con i propri creditori e, in particolare, con le agenzie fiscali e gli enti di previdenza”. In senso contrario, tra i contributi che sostengono la tesi della natura concorsuale degli accordi, v. TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Ipsoa ed., Milano, 2012, 163 ss., spec. 170 ove ritiene

Sarebbe, dunque, incongruo – venendo alle possibili implicazioni per le società a partecipazione pubblica – precludere a queste ultime l’accesso agli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*: se così fosse, si dovrebbe ammettere, a fronte del medesimo presupposto soggettivo ed oggettivo, una (ingiustificata) disparità di trattamento tale per cui si consentirebbe (per effetto del tenore letterale dell’art. 14) il ricorso al concordato preventivo ma non all’accordo di ristrutturazione<sup>561</sup>.

Resta da verificare, non costituendo questa la sede adeguata per un ripensamento delle diverse prospettazioni avanzate in ordine alla natura giuridica degli accordi in discorso, se sia possibile pervenire ad un’analoga conclusione anche nel caso in cui si ritenga di predicarne la natura negoziale. La tesi innanzi esposta non ha, infatti, incontrato il parere favorevole della dottrina<sup>562</sup> e

---

che con il riconoscimento, per gli imprenditori agricoli, di tale opzione “*il novero dei soggetti legittimati a ricorrere agli accordi risulta oggettivamente più ampio, essendo venuta meno, così, la limitazione dal punto di vista dell’oggetto dell’attività d’impresa; ma, soprattutto, va rilevato che, dal punto di vista del c.d. requisito dimensionale, la norma del 2011 non pone alcun limite e deve quindi interpretarsi nel senso che tutti gli imprenditori agricoli – e quindi anche quelli che non presentano i requisiti dimensionali individuati nell’art. 1 l. fall. – possono accedere agli accordi. Ma allora è doveroso trarre una precisa conclusione: non avrebbe senso interpretare la norma dell’art. 182-bis, allorquando si riferisce «all’imprenditore» nel senso che – per gli imprenditori agricoli – non vi è alcun requisito dimensionale, mentre – per gli imprenditori commerciali – devono ricorrere tali requisiti*” (corsivo e virgolettato dell’A.).

<sup>561</sup> Ciò sarebbe poco plausibile specialmente ove si consideri che con un recentissimo arresto la Corte di legittimità (Cass., sez. Un., 1 dicembre 2016, n. 24591 in [www.dirittodeiserviziubblici.it](http://www.dirittodeiserviziubblici.it)) ha, ancora una volta, ribadito la riconduzione di tutte le società a partecipazione pubblica al diritto comune, salvo singole e specifiche peculiarità dispositive. Ivi si legge: “*la riconduzione della materia in questione (nomina e revoca degli amministratori, nda) alla disciplina civilistica è attuata oggi dal D.Lgs. n. 175 del 2016, del quale vanno particolarmente segnalate tre disposizioni. Quella del terzo comma dell’art. 1 ... Quella dell’art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate) ... Quella dell’art. 14 (Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica), la quale non solo stabilisce che «le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi», ma, soprattutto, testualmente menziona nell’ultimo comma la «dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti», facendo così inequivoco ed esplicito riferimento alle società in house, che, appunto, sono le società titolari di affidamenti diretti (cfr. art. 16, comma 1). Disposizioni, queste, che non solo definitivamente esplicitano la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all’ordinario regime civilistico ma, soprattutto, eliminano ogni dubbio circa il fatto che le società in house siano regolate dalla medesima disciplina che regola, in generale, le società partecipate, ad eccezione, quanto alle prime, della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dai loro a amministratori e dipendenti*” (virgolettati della sentenza).

<sup>562</sup> In dottrina, senza pretesa di completezza, si sono espressi a favore della natura negoziale degli accordi *ex art. 182-bis l. fall.* con conseguente affermazione dell’autonomia rispetto al concordato preventivo: PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2006, 16 ss.; FABIANI M., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l’incerta via italiana alla «reorganization»*, in *Foro it.*, 2006, parte I, col. 263; ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio” (o di ristrutturazione dei debiti d’impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, 364 ss., spec. 366-367; CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d’impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell’inadempimento del debitore*, cit., 299, e ID., *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2013, 186 ss., spec. 187-188; NARDECCHIA G. B., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in

della giurisprudenza<sup>563</sup> prevalenti secondo cui gli accordi di ristrutturazione, anche alla luce delle più recenti novità in tema di accordi stipulati con banche e intermediari finanziari *ex art. 182-septies l. fall.*<sup>564</sup>, costituirebbero non già una procedura o un concordato in forma semplificata, bensì un “contratto di diritto privato” che, se omologato, produce effetti anche in seno ad una eventuale successiva procedura fallimentare.

Svariati sarebbero gli argomenti che dimostrerebbero la natura autonoma dell'accordo con i creditori stipulato ai sensi dell'art. 182-bis l. fall.<sup>565</sup>; sta di fatto, comunque, che, ai nostri fini, appare interessante evidenziare una certa convergenza dei due orientamenti sotto il profilo

---

PANZANI L. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 475 ss., spec. 477 ss.; FOLLIERI L., *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel «prisma» del contratto*, in *Contr. impresa*, 2015, 1099 ss., spec. 1114 ss. Tra gli studi monografici cfr. APPIO C. L., *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012.

<sup>563</sup> Nella giurisprudenza di merito più recente si segnalano: Trib. Milano, 10 novembre 2016; Trib. Forlì, 5 maggio 2016 e App. Firenze, 7 aprile 2016 (tutte reperibili sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) nelle quali, con varietà di argomenti, si trova affermato che “l'accordo di ristrutturazione dei debiti non dà luogo ad una procedura concorsuale, essendo destinato a produrre effetti soltanto sul piano negoziale”. Per una rassegna giurisprudenziale abbastanza completa ed aggiornata sul tema si rinvia a TRENTINI C. (a cura di), *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2016, 719 ss.

<sup>564</sup> Tale norma – a mente della quale, ove almeno la metà del debito complessivo dell'impresa faccia capo a banche e intermediari finanziari e il debitore proceda alla suddivisione di tali creditori in categorie, l'imprenditore può richiedere al Tribunale che gli effetti dell'accordo siano estesi ai creditori dissenzienti della categoria, a patto che le condizioni ivi previste incontrino l'assenso del 75% dei creditori – pare aver dato, effettivamente, nuova linfa al dibattito riassunto in queste pagine. In particolare, da un lato, per APPIO C. L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 6, “il richiamo alle disposizioni civilistiche in tema di relatività del contratto costituisce un forte elemento letterale a sostegno della conservazione della natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione anche se stipulati ai sensi dell'art. 182-septies. Detto richiamo, difatti, esplicita l'intento di specificare che, con l'estensione degli effetti anche nei confronti dei creditori dissenzienti, non si è inteso snaturare l'istituto, che continua a dover essere qualificato come un contratto fra il debitore e una parte dei creditori, con la precisazione che si è voluto derogare agli effetti «tipici» del rapporto contrattuale soltanto in presenza di determinati presupposti” (virgolettato dell'A.); dall'altro, invece, VALENSISE P., *Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall.*, in SANDULLI M. e D'ATTORRE G. (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*. Aggiornato alla legge 30 giugno 2016, n. 119, Torino, 2016, 287 ss., spec. 296 ss., utilizzando sempre una lettura processual-pubblicistica dell'istituto, valorizza (p. 300) il dato secondo cui “l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori finanziari minoritari non deriva dall'accordo tout court ma solo dal positivo esito del vaglio condotto dall'autorità giudiziaria attraverso il giudizio di omologazione”.

<sup>565</sup> A titolo esemplificativo, la collocazione – prima richiamata *sub nota* 557 – nel titolo III dedicato al concordato preventivo viene considerata “un'indicazione neutrale” poiché “potrebbe, facilmente e in senso diametralmente opposto a quanto sostenuto dai fautori della tesi in questa sede contrastata (quella relativa alla natura di *sub-concordato, nda*), affermarsi che proprio il fatto che il Titolo III faccia riferimento al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione stia ad indicare che il legislatore abbia voluto tenere distinti i due istituti. E ciò analogamente a quanto in maniera più evidente emerge dalla rubrica del capo V contenuto nel medesimo Titolo, nella quale il riferimento agli accordi di ristrutturazione è tenuto distinto da quello del concordato preventivo”: così APPIO C. L., *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, cit., 26-27.

dell'ambito di applicazione soggettivo dell'accordo medesimo. Partitamente, anche i fautori di questo secondo indirizzo interpretativo limitano l'ambito di operatività dell'istituto agli imprenditori commerciali fallibili<sup>566</sup>, potendosi, così, replicare le considerazioni in merito svolte poco sopra<sup>567</sup>.

Del resto, concludendo sull'argomento, potrebbe apparire singolare che l'estensione alle società a partecipazione pubblica dell'opzione relativa agli accordi di ristrutturazione dei debiti – la quale, sfruttando la flessibilità tipica degli strumenti negoziali, potrebbe consentire di superare la crisi in modo rapido (a vantaggio, con tutta evidenza, della conservazione dell'organismo

---

<sup>566</sup> Sul punto, infatti, APPIO C. L., *op. cit.*, 39 ss. ritiene che il quesito se l'imprenditore commerciale non fallibile possa intraprendere la strada di un componimento ai sensi dell'art. 182-bis "potrebbe comunque trovare agevole soluzione, qualora, con riferimento all'individuazione della relazione intercorrente fra l'art. 1, l. fall. e l'art. 2221 c.c., si preferisca aderire all'opinione che (soprattutto) a seguito delle novità introdotte dal decreto correttivo del 2007, il richiamo al piccolo imprenditore contenuto nell'art. 2221 c.c. debba essere interpretato alla luce, non già dell'art. 2083 c.c., ma dell'art. 1 l. fall. Se così è, l'area di fallibilità e/o di ammissione alla procedura di concordato preventivo di un imprenditore commerciale e il perimetro soggettivo di applicazione dell'art. 182-bis finiscono per coincidere, divenendo l'art. 2083 c.c. norma definitoria ai soli fini dell'individuazione della tipologia di imprese (commerciali) sottratte all'applicazione delle restanti disposizioni che compongono lo statuto dell'imprenditore commerciale medio-grande. La conclusione accolta si pone, per altro, in perfetta linea con le novità introdotte dalla riforma del 2012, prima fra tutte la facoltà concessa dall'art. 161 all'imprenditore che abbia presentato domanda di concordato preventivo, di procedere al deposito, non già della proposta e del piano, ma di un accordo di ristrutturazione. L'intreccio fra i due procedimenti che da tale disposizione deriva non può non presupporre una identità di condizioni in presenza delle quali un imprenditore può accedere a siffatti procedimenti". In modo ancor più esplicito, cfr. CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., 301 ove si legge: "le incertezze che la prima formulazione dell'art. 182-bis l. fall. aveva ingenerato sul presupposto soggettivo — nel momento in cui legittimava semplicemente il «debitore» a depositare l'accordo — sono state fugate dal decreto correttivo del 2007 che ha chiarito che non ogni debitore può chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ma solo un imprenditore. E che si tratti dell'imprenditore assoggettabile a procedure concorsuali non sembra che si possa dubitare in considerazione dell'ovvio argomento sistematico sul quale appare inopportuno intrattenersi oltre" (virgolettato dell'A.); nello stesso senso, già sotto la versione originaria del comma 1 dell'art. 182-bis l. fall., v. PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 30.

Inoltre, va constatato che pure i sostenitori del diverso inquadramento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti considerano la disposizione (art. 23, co. 43, d.l. n. 98/2011) che estende lo strumento in esame all'imprenditore agricolo una norma dettata in una situazione di emergenza e a carattere provvisorio (in questi termini, APPIO C. L., *op. cit.*, 47).

<sup>567</sup> Non a caso, secondo RACUGNO G., *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 1144 ss., spec. 1153, "nulla dicono le nuove norme circa l'ammissibilità di ricorso da parte delle società in mano pubblica agli accordi di ristrutturazione dei debiti, che non costituiscono una procedura concorsuale, bensì un accordo contrattuale; ma dato che l'art. 182-bis l.f. si limita a richiedere in capo al soggetto che vi fa ricorso la mera qualità di imprenditore, non vi è proprio ragione per escludere l'applicabilità di questa norma all'impresa pubblica". Conforme a tale soluzione, già prima della recente sopravvenienza legislativa, CODAZZI E., *Le società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, cit.; all'indomani dell'entrata in vigore del TUSPP, si segnalano, pure, D'ATTORRE G., *La crisi nelle società a partecipazione pubblica*, in FIMMANÒ F. – CATRICALÀ A., *Le società pubbliche*, cit., 675-676 e FIMMANÒ F., *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Fall.*, 2017, 172 ss., spec. 181.



produttivo<sup>568</sup> e, conseguentemente, della garanzia di continuità del servizio pubblico locale) – venga negata non solo nel momento in cui viene sancita l’assoggettabilità al fallimento e al concordato preventivo delle società pubbliche, ma soprattutto in considerazione dell’atteggiamento di apertura verso tale procedura riscontrabile, in passato, finanche nella giurisprudenza negatrice della fallibilità delle società *in house providing*<sup>569</sup>.

## 2. Il concordato preventivo con continuità aziendale (ri)letto alla luce dell’art. 14 TUSPP.

Nel capitolo precedente (*sub cap. II, § 4.1.*), si è salutata con un certo favore l’introduzione, all’interno della disciplina della crisi delle società a controllo pubblico, dell’obbligo di predisporre “*specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale*”: cogliere tempestivamente le prime avvisaglie della crisi, secondo quanto là si è osservato, implica la possibilità di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause tempestivamente, evitando che la crisi stessa (o l’insolvenza) diventino irreversibili<sup>570</sup>. Nell’armamentario, per dir così, che il legislatore offrirebbe a tale scopo<sup>571</sup>, si è ritenuto che mentre il *piano di risanamento* – d’anzi evocato – dovrebbe consentire il

---

<sup>568</sup> Più nello specifico, può evidenziarsi che gli accordi ben potrebbero (anzi dovrebbero) avere ad oggetto una ristrutturazione dell’esposizione dell’impresa interessata in una prospettiva di continuità aziendale: in tal senso v., tra gli altri, VALENSISE P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare, cit.*, 106 ove osserva che “*negli accordi è possibile affermare che, quanto alla declinazione delle possibili finalità di intervento, il legislatore ha risolto la risalente contrapposizione tra conservazione dell’impresa da un lato ed interessi dei creditori dall’altro, che tante ambiguità aveva generato, creando le condizioni affinché la prima possa essere (valutata come) funzionale al perseguimento degli interessi dei secondi*” e BALESTRA L., *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, 283 ss., spec. 290. Diversamente orientata appare APPIO C. L., *Gli accordi di ristrutturazione del debito, cit.*, 78, la quale ritiene che “*se una finalità vuole individuarsi negli accordi ex art. 182-bis, questa non è sicuramente il salvataggio dell’impresa in stato di crisi*” - essendo “*la conservazione dell’impresa solo uno dei possibili effetti che possono scaturire dall’esecuzione dell’accordo*” - “*bensì quello di garantire l’integrale pagamento dei creditori estranei*”.

<sup>569</sup> Tra queste si segnala, specialmente, Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, *cit.*, in cui si legge: “*il Tribunale valuta che nel caso di specie non sussistano ... i presupposti di cui all’art. 1 l. fall. e giudica pertanto di non poter autorizzare alcuna operazione che sia diretta all’accesso alla procedura concorsuale di concordato preventivo, prospettata dal ricorrente come una possibile soluzione alla situazione di crisi, con implicita esclusione del ricorso ad un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182-bis l. fall., istituto che invece ben avrebbe potuto essere giudicato ammissibile in quanto fondato sull’accordo con i creditori (o sull’integrale pagamento dei creditori estranei all’accordo) e privo degli elementi tipici della concorsualità e dell’interferenza degli organi di emanazione giudiziale con le decisioni riguardanti la regolare esecuzione dei pubblici servizi*”. Allo stesso risultato (di ammettere l’accordo) sono pervenute, pure, le pronunce che hanno ritenuto assoggettabili alle procedure concorsuali le società domestiche: cfr., in particolare, Trib. Parma, 24 giugno 2015, n. 7, *cit.*

<sup>570</sup> In termini analoghi v. RACUGNO G., *Sub art. 14*, in MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, cit.*, 204-205.

<sup>571</sup> Sembrirebbe, così, scongiurato il rischio paventato da TERRANOVA G., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013, 17 ss., spec. 18-19: “*la tempestività dell’intervento non può essere affidata solo ad*

ritorno ad una situazione di *riequilibrio* finanziario (in una logica, essenzialmente, di breve periodo), il *piano di ristrutturazione aziendale*, cui si riferisce il quarto comma, avrebbe, invece, un orizzonte temporale più lungo mirando a recuperare l'*equilibrio economico delle attività svolte*.

Si tratterebbe di misure che, come è stato pure chiarito, avrebbero finalità di risanamento, diversamente (ma v. *infra*) da quella che sembrerebbe connotare l'istituto del quale mette conto, ora, occuparci: il concordato preventivo con continuità aziendale. Prima ancora, un'altra differenza si potrebbe rilevare sul piano del diverso presupposto (oggettivo) sul quale le misure di cui all'art. 14 TUSPP e quella concordataria (con continuità aziendale) parrebbero fondarsi.

Infatti, secondo una tesi<sup>572</sup>, l'espressione *crisi aziendale* non potrebbe essere intesa come sinonimo di *stato di insolvenza* sia in ragione del dato letterale che non giustificerebbe una siffatta assimilazione sia perché, ove così fosse, non vi sarebbe più spazio per misure di prevenzione o di risanamento, ma si sarebbe dinanzi ad una situazione di dissesto ormai irreversibile. Né la dizione utilizzata dal legislatore del T.u. partecipate dovrebbe interpretarsi come sinonimo di *stato di crisi* – che, com'è noto, costituisce il presupposto del concordato preventivo ai sensi dell'art. 160, co. 1, l. fall. – in quanto, come prima, il tenore letterale, nonostante una certa assonanza, non giustificerebbe l'assimilazione.

A fronte dell'indubbia diversità a livello terminologico, occorrerebbe, d'altro canto, tenere in considerazione le difficoltà, sorte in dottrina e in giurisprudenza, per delimitare l'area di significato del presupposto dello *stato di crisi*, specialmente in rapporto con quello dell'*insolvenza*. Parzialmente superato – per mezzo dell'inserimento del terzo comma nell'art. 160 l. fall. (“*per stato di crisi s'intende anche lo stato di insolvenza*”) – l'iniziale dissidio interpretativo se con la nuova formulazione il legislatore avesse voluto confermare la precedente unitarietà concettuale (e, quindi, riaffermare lo stato di insolvenza quale presupposto indifferenziato di apertura di una procedura

---

*ulteriori misure coercitive, che impongano al debitore di autodenunciarsi alle prime avvisaglie della crisi, ma è legata agli equilibri complessivi del sistema, alla sua capacità di premiare chi si attiva a tempo debito, senza lasciare impunte le frodi, ovunque s'annidino. Per ottenere tali risultati occorre tagliare molti nodi ancora irrisolti della disciplina, non solo nei suoi profili civilistici, ma anche nei suoi aspetti penalistici, che sono stati, fino ad oggi, troppo trascurati dal legislatore. Se non si corregge il tiro su molti problemi (solo a titolo esemplificativo: ... come pilotare la crisi attraverso piani di risanamento, preventivamente concordati con i creditori ma destinati ad essere attuati solo dopo una dichiarazione giudiziale d'insolvenza, in modo da preservare l'accesso a certi strumenti d'integrazione straordinaria della responsabilità patrimoniale del debitore; ...). Se non si mette mano ad una serie più articolata di aggiustamenti, la pura e semplice introduzione di misure di allerta rischia, nel migliore dei casi, di rassomigliare alle grida manzoniane; nel peggiore, di riproporre gli inconvenienti dei quali ci siamo liberati attraverso l'abrogazione dell'amministrazione controllata”* (corsivo dell'A.).

<sup>572</sup> Cfr. DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza. Aggiornata al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*, cit., 1203 ss.

concorsuale, per quanto lessicalmente, rinominato con il termine *crisi*) oppure se, viceversa, lo stesso legislatore abbia inteso accreditare una fenomenologia differenziata rispetto a quella tipizzante il concetto d'insolvenza<sup>573</sup>, permangono, in merito, ancora residui dubbi<sup>574</sup>. Per quel che rileva ai nostri fini, si potrebbe convenire con l'ampia impostazione<sup>575</sup> la quale, per l'ammissione al concordato preventivo, considera lo *stato di crisi* comprensivo non solo dell'*insolvenza* – intesa

---

<sup>573</sup> Per una sintesi di tale dibattito, si rinvia a FRASCAROLI SANTI E., *Il concordato preventivo*, in PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, II ed., Torino, 2014, 515 ss., spec. 556-557.

<sup>574</sup> Dei quali dà conto, ancora, FRASCAROLI SANTI E., *op. cit.*, 558-559, segnalando come “*si è anche rilevato che l'intervento del legislatore sul 2° co. dell'art. 160 l. fall. non ha chiarito il significato del termine «crisi», per cui secondo alcuni giudici di merito il termine «crisi» si riferisce all'insolvenza sia irreversibile sia reversibile. Secondo altri, invece, la crisi va individuata nel «rischio di insolvenza», ossia come rischio di una futura, ma non certa insolvenza, il cui concetto può, quindi, ricomprendere tutte quelle situazioni che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza*” (virgolettato dell'A.). Con riguardo alla reversibilità dell'insolvenza, in senso dubitativo, cfr. AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. XI, tomo I, Padova, 2008, 20 ss., spec. 27: “*neppure l'elemento della reversibilità del dissesto, d'altra parte, va enfatizzato oltre un certo limite, se è vero che la giusta considerazione della dimensione dinamica propria dell'attività d'impresa deve tener conto del fatto che valutazioni spiccatamente aleatorie appaiono difficilmente conciliabili con la «filosofia» del nostro sistema concorsuale*” (virgolettato dell'A.). Invece, in senso critico rispetto alla configurabilità del concetto di “pericolo d'insolvenza” v. TERRANOVA G., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, *cit.*, 22-24, secondo cui “*non v'è ragione d'inventarsi un altro concetto – il “pericolo d'insolvenza” – per consentire l'apertura del concorso, prima che si sia verificata la cessazione materiale dei pagamenti. L'art. 5, infatti, permette già di conseguire tale risultato, giacché l'ampia nozione d'insolvenza scolpita dal legislatore comprende al proprio interno anche quelle situazioni di pericolo che in altri ordinamenti hanno assunto un rilievo autonomo. In queste condizioni l'eventuale aggiunta di un presupposto “alternativo” per l'apertura del concorso (soprattutto se effettuata senza modificare l'impianto complessivo del sistema) potrebbe risultare restrittiva; o potrebbe, comunque, alimentare più dubbi di quanti ne risolva*” (virgolettato dell'A.). Nella manualistica recente, cfr., però, SANDULLI M., D'ATTORRE G., *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, 2016, 208-209, ove si legge “*lo stato di crisi comprende al suo interno i vari gradi di difficoltà economica, ivi compresi tanto l'insolvenza prospettica o pericolo di insolvenza (intesa come situazione in cui vi sia il concreto ed effettivo rischio, sulla base degli elementi noti, che si verifichi nel breve periodo la situazione dell'imprenditore di incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni), che legittima l'ammissione alla procedura concordataria, ma non alla procedura fallimentare, quanto l'insolvenza attuale, che legittimerebbe anche l'apertura della procedura fallimentare*”.

<sup>575</sup> Così, in giurisprudenza, Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 570 ss., con nota di LO CASCIO G., *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*. In senso sostanzialmente conforme, v., in dottrina, JACHIA G., *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in FAUCEGLIA G., PANZANI L. (Trattato diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1573 ss., spec. 1598 ove rileva che “*si potrebbe descrivere lo stato di crisi minimo al di là del quale non può esservi ammissione alla procedura di concordato preventivo come quella situazione nella quale, pur non essendovi inadempimenti, pur non essendosi verificati quei fatti descritti dalla giurisprudenza come indiziari dello stato di insolvenza, pur non essendovi l'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni vi è un affanno economico finanziario così profondo, così strutturale da rendere impossibile la prosecuzione della normale attività economica, da rendere probabile, qualora non si intervenga, l'insorgenza dello stato di insolvenza*”; per la tesi secondo cui “*il legislatore avrebbe dovuto individuare il concetto di crisi imprenditoriale, ma anziché regolarne gli effetti giuridici ha preferito assimilarlo a quello di insolvenza, pregiudicando il vantaggio degli interventi anticipatori che avrebbero potuto presiedere l'innovazione (del concordato preventivo, nda)*” cfr., invece, LO CASCIO G., *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Fall.*, 2012, 5 ss., spec. 6.

quale “*situazione di impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali per il venir meno di quelle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività*” – ma, più in generale, di “*altre situazioni di minore gravità che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima*”.

Una simile latitudine della nozione di *stato di crisi* condurrebbe, allora, a dubitare della ricostruzione appena riferita, potendo la *crisi aziendale* di cui all'art. 14 TUSPP legittimare, finanche, la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo (con continuità aziendale)<sup>576</sup>. Con ciò non s'intende, d'altro canto, sovrapporre il *piano di risanamento* (o il *piano di ristrutturazione aziendale*) allo strumento concordatario in esame, questi essendo animati da una diversa finalità. Riprendendo quanto si anticipava in sede di considerazioni introduttive al presente capitolo, la continuità aziendale, nella disciplina del concordato preventivo, rappresenterebbe soltanto una modalità operativa, relativa al piano di concordato, atta a generare quella liquidità destinata, almeno in parte, al soddisfacimento parziale dei creditori anteriori<sup>577</sup>: sembrerebbe, dunque, estraneo a questo sottotipo di procedura concordataria il perseguimento, almeno immediatamente<sup>578</sup>, di un obiettivo di risanamento<sup>579</sup>.

---

<sup>576</sup> A sostegno di tale conclusione potrebbe richiamarsi la nozione di crisi aziendale partorita in seno alla dottrina aziendalistica: in argomento, per maggiori ragguagli, si rinvia *sub nota* 461.

<sup>577</sup> In questi termini, PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, 205 ss., spec. 206.

<sup>578</sup> Non si ignora, peraltro, che già prima dell'introduzione del concordato preventivo con continuità aziendale si preconizzasse (cfr. MOSCO G. D., *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2009, 373 ss.; BONFATTI S., *I concordati preventivi di risanamento*, in *www.ilcaso.it*) una figura particolare di concordato preventivo, quella del c.d. concordato di risanamento, che, secondo NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Sub art. 186-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli, cit.*, 560-561, sarebbe, attualmente, rinvenibile nell'art. 186-bis l. fall.

<sup>579</sup> Oltre PETTIROSSI V., *op. loc. ult. cit.*, concordano, tra gli altri, su tale aspetto: LO CASCIO G., *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fall.*, 2012, 137 ss.; STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 1222 ss.; DI MARZIO F., *Introduzione al concordato con continuità aziendale*, in , in VIETTI M., MAROTTA F., DI MARZIO F. (a cura di), *The italian change for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi, cit.*, 9 ss., il quale istituisce un interessante parallelismo con la procedura dell'amministrazione straordinaria - di cui pure, notoriamente, si fa menzione nell'art. 14 TUSPP - rilevando che mentre per l'art. 186-bis l. fall. “*la continuità aziendale è disancorata dal risanamento economico dell'imprenditore*”, invece “*un regime diversificato sembra registrarsi per le imprese inattive ma riattivabili: certamente ricomprese nella previsione in tema di amministrazione straordinaria (cfr. art. 1 d.lgs. n. 270/1999) ma non anche nella figura tipizzata del concordato in continuità (riferita esclusivamente alle imprese in esercizio)*” in quanto “*la vera distanza che corre tra le ipotesi di risanamento aziendale nel diritto amministrativo della crisi d'impresa rispetto al diritto ordinario è dunque, ancora una volta, nel diversa considerazione dell'interesse dei creditori. In quest'ultimo la tutela di quell'interesse costituisce infatti la condizione necessaria e sufficiente per l'ammissione alla procedura di concordato, e così pure per la dichiarazione di*

Allora, così distinte le finalità degli esaminati strumenti utili al mantenimento in essere dell'operatività aziendale, bisognerebbe interrogarsi su quale soluzione debba privilegiare l'organo gestorio al quale pare rimessa, con buona probabilità (ma v. *infra*), la scelta delle misure da adottare per eliminare i fattori che mettono in pericolo la continuità aziendale, una volta che ne sia stata rilevata la presenza<sup>580</sup>. Se si considera il contenuto dell'art. 14 TUSPP, questo, pur ponendo in capo all'amministratore l'obbligo di adottare i "provvedimenti necessari" per "prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause", non tipizza il contenuto dell'idoneo piano di risanamento: si ricava, in negativo, che non costituisca provvedimento adeguato una misura ("ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica") che, altrimenti, sarebbe destinata a violare l'ormai noto divieto di soccorso finanziario. Tali previsioni, come già ricordato, potrebbero essere poste, invece, alla base di un piano di

---

*improcedibilità della stessa*" e CAMPOBASSO M., *Nuovi principi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale"*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Liber amicorum Pietro Abbadessa, Società, banche e crisi d'impresa*, vol. III, cit., 3015 ss., il quale - in maniera, a quanto pare, critica - osserva (p. 3017): "in Italia l'iniziativa del concordato preventivo è saldamente nelle mani del debitore al quale solo compete presentare la domanda. Finché sarà così, credo costituisca un utile esercizio di realismo assumere che il debitore si servirà del concordato con "continuità aziendale" per continuare a gestire l'impresa risanata, in forme più o meno dirette. Se l'impresa è ancora salvabile, l'imprenditore tenderà di salvarla per se stesso: non per farsela espropriare dai creditori".

<sup>580</sup> Per l'affermazione secondo cui "la responsabilità degli amministratori in una situazione di crisi dell'impresa societaria attiene a violazioni dei doveri concernenti principalmente: (i) la rilevazione dei fattori di rischio che mettono in pericolo la continuità aziendale; (ii) l'individuazione della soluzione da adottare per ripristinare la continuità aziendale e eliminare i fattori che la mettono in pericolo; (iii) l'attuazione di tali soluzioni" si rinvia allo studio di SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 304 ss., ma v. già MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, 813 ss., spec. 832-835. È agevole comprendere come questo discorso s'intersechi con un profilo che è stato già segnalato (v. § 4.1.), ovvero le limitazioni all'attività gestoria "ordinaria" che caratterizzerebbero le società a controllo pubblico, quali, su tutte, la deroga all'art. 2380-bis c.c., e che potrebbero, in concreto, pregiudicare la tempestività dell'intervento sulla crisi: secondo IBBA C., DEMURO I., *Il fallimento dell'impresa pubblica in forma societaria*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., 393, "in astratto la sussistenza di tali limitazioni potrebbe fungere da esimente della responsabilità, potendosi ex post sostenere da parte degli organi sociali, nell'ambito delle rispettive competenze, che le limitazioni ex lege siano state di ostacolo alla gestione della crisi, precludendo operazioni che avrebbero potuto evitare la produzione di danni alla società, ai soci, ai creditori e ai terzi in generale. Può osservarsi, tuttavia, che le limitazioni degli strumenti "tipici" della pre-crisi ... sono o dovrebbero essere note agli organi sociali. Di conseguenza, proprio per via della conoscenza di tali limitazioni operative, che anticipano la dead line del rischio insolvenza, gli organi sociali dovrebbero attivarsi ancor prima che si verifichino le condizioni in cui ordinariamente (in una società a partecipazione privata) uno od altro dei citati strumenti "tipici" potrebbe essere utilizzato" (virgolettato dell'A.).

*ristrutturazione aziendale*, ma ciò solo in ragione della circostanza per cui quest'ultimo si caratterizza per una prospettiva (temporale) di intervento più ampia.

Sebbene il legislatore taccia – probabilmente in maniera non casuale stante la possibilità che il risanamento venga raggiunto attraverso misure di razionalizzazione industriale ed organizzativa (v. *amplius sub cap. II, § 4.1.*) – specifici riferimenti all'esposizione debitoria della società a controllo pubblico, il *piano di risanamento* e il *piano di ristrutturazione aziendale* sembrerebbero, almeno potenzialmente, adeguati alla realizzazione, altresì, della ristrutturazione dei debiti; ma, costituendo, quest'ultimo, il contenuto tipico anche della proposta di concordato, potrebbe valutarsi, da parte dell'amministratore (specie ove la situazione di crisi si sia aggravata<sup>581</sup> e/o la società in questione sia a partecipazione e non a controllo pubblico<sup>582</sup>), l'opportunità di predisporre un piano che preveda “*la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione*”.

Ciascuno dei casi di concordato con continuità aziendale, individuati dall'art. 186-*bis* l. fall.<sup>583</sup>, meritano di essere analizzati singolarmente poiché l'azienda – la quale rappresenta lo strumento, diretto o indiretto, della provvista necessaria per adempiere alla proposta – include, nella nostra materia, il contratto di servizio, stipulato (dall'ente affidante) in virtù dei requisiti legittimanti l'*in house providing* o la società mista, e *assets* pubblicitici, ivi compresi beni connotati da un particolare vincolo di destinazione (v. cap. II, § 5) e dei quali occorrerebbe, nella prospettiva dei creditori, valutarne il livello di commerciabilità. Ne derivano, in primo luogo, notevoli difficoltà nell'ammettere un concordato avente natura “mista” prevalentemente liquidatoria<sup>584</sup>, mentre

---

<sup>581</sup> Infatti, secondo LOMBARDI G., BELTRAMI P. D., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, cit., 717, “*l'esistenza di una crisi conclamata, qualificabile in termini di insolvenza, difficilmente può essere risolta con strumenti diversi dal concordato preventivo o, quando occorra, dal ricorso alla procedura fallimentare*”.

<sup>582</sup> V., in ogni caso, quanto si è osservato *sub nota* 460.

<sup>583</sup> Non ci si occuperà, invece, dei casi non espressamente contemplati nell'elencazione contenuta nell'art. 186-*bis* l. fall., la quale viene considerata da STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1229-1230 non tassativa.

<sup>584</sup> Come osserva ARATO M., *Il piano di concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., tomo III, 3444 ss., ivi 3445, “*in tale evenienza, è necessario acclarare, in relazione al contenuto concreto del piano, se siano prevalenti gli elementi di continuità aziendale rispetto all'attività di liquidazione in esso prevista. Pertanto, si ritiene qualificabile come concordato con continuità aziendale – con conseguente applicazione della specifica disciplina di cui all'art. 186-bis l. fall. – il concordato basato su un piano che preveda al contempo la prosecuzione dell'attività e la liquidazione dei beni aziendali non funzionali all'attività d'impresa, purché, da un lato, tale liquidazione non abbia carattere prevalente rispetto alla prosecuzione dell'attività e, dall'altro, che i beni oggetto di liquidazione non siano funzionali all'esercizio dell'impresa. All'opposto, non è qualificabile come concordato con continuità aziendale il concordato misto nel quale*

occorrerebbe valutare, caso per caso, l'eventualità che il piano preveda “*anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa*” (ergo, solo i beni non connotati dal vincolo di cui prima).

Venendo più nel dettaglio ad esaminare i casi previsti dall'art. 186-*bis* l. fall., nell'ipotesi in cui il piano preveda la c.d. continuità diretta, ovvero la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte della stessa società *in house* o mista, potrebbe ritenersi particolarmente assicurata la regolarità del servizio pubblico ad essa affidato, anzi nel relativo piano (industriale o finanziario) dovrebbe apprezzarsi la prosecuzione dell'attività in quanto strumento, alternativo alla liquidazione, idoneo a fornire quei ricavi (derivanti dal corrispettivo pagato dagli utenti, unitamente, tra l'altro, alla previsione di un'efficace azione di contrasto all'evasione tariffaria<sup>585</sup> e/o di recupero dei crediti nei confronti degli utenti morosi) sufficienti a garantire il pagamento degli oneri (prededucibili) connessi alla prosecuzione dell'attività e, allo stesso tempo, ad incrementare l'attivo destinato alla soddisfazione dei creditori.

A tal proposito, e in termini più generali, non va dimenticato che, a mente dell'art. 186-*bis*, co. 2, lett. a), l. fall., il piano relativo al concordato con continuità aziendale “*deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura*”: oltre a specificare le modalità ed i tempi di adempimento delle obbligazioni concordatarie, il piano dovrebbe, dunque, contenere non solo l'indicazione delle entrate e le uscite attese, ma, in particolare, la previsione delle fonti di approvvigionamento necessarie per consentire il c.d. *going concern*. In passato, proprio il reperimento di “nuova finanza” al fine di gestire la fase della crisi e, eventualmente, del successivo risanamento si segnalava tra i principali problemi che tale forma di concordato incontrava (per un analogo problema con riferimento all'esercizio provvisorio v. *infra* § 3)<sup>586</sup>; oggi, esso sembra, nella legge fallimentare, risolto dagli artt. 182-*quater* e *quinquies*.

---

*la liquidazione abbia carattere prevalente, in termini qualitativi e quantitativi, rispetto alla prosecuzione dell'attività*”: pertanto, solo nel primo caso sembrerebbe ammissibile un concordato con continuità c.d. misto di società domestica o mista.

<sup>585</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, quanto previsto dall'art. 26 dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale rubricato, per l'appunto, “*Lotta all'evasione tariffaria nel settore del trasporto pubblico locale*”.

<sup>586</sup> Segnalano tale problematica, tra gli altri, SCHIANO DI PEPE G., *Il concordato preventivo con «continuità aziendale» nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Dir. fall.*, 2012, 482 ss. e BERTACCHINI E., *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica “vaghezza”*. *Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contr. impresa*, 2013, 315 ss., spec. 346 ove rileva che “*il principale ostacolo ai tentativi di salvataggio dell'impresa in crisi è rappresentato dalla difficoltà di ottenere nuova finanza. Gli istituti di credito, infatti, limitano in misura sostanziale l'erogazione di mezzi finanziari in presenza di crisi aziendali, a causa dei numerosi rischi che queste comportano: dalla revocatoria fallimentare sulle garanzie concesse e sui rimborsi ricevuti*

Ora, non interessa, in questa sede, indagare la portata di tali (nuove) regole che, da una parte, disciplinano le modalità di accesso alla “nuova finanza” e, dall’altra, attribuiscono al credito da essa derivante il carattere della prededucibilità, purché siano rispettate determinate condizioni<sup>587</sup>; per ragioni di coerenza con l’oggetto della ricerca, parrebbe più proficuo, invece, soffermarsi sulla fattispecie prevista dal terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall.

Ed invero, ivi si prevede una deroga espressa al diritto societario comune e, in particolare, alla regola della postergazione dei crediti contemplata dagli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. in caso di finanziamento accordato in una situazione di squilibrio patrimoniale: in tal caso, si riconosce, in ragione della natura (di socio) dei finanziatori, un incentivo che si atteggia in modo del tutto peculiare, quanto meno sotto il profilo “quantitativo”, essendo la prededucibilità accordata solamente per l’ottanta per cento dell’ammontare del finanziamento soci<sup>588</sup>.

---

*al rischio di coinvolgimento nel reato di bancarotta fraudolenta preferenziale. Il rischio che viene valutato con maggiore attenzione è peraltro, quasi sempre, il rischio di credito, ossia la possibilità che la nuova finanza, una volta erogata, non venga più rimborsata”.*

<sup>587</sup> È necessario, infatti, rinviare ai contributi che hanno affrontato *funditus* l’argomento: v., tra i primi, STANGHELLINI L., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss., mentre, recentemente, VITALI M. L., *Finanza «ponte», finanza «in esecuzione» e «interinale» (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contr. impresa*, 2015, 167 ss. (ed ivi si rinvia per un’ampia bibliografia sul tema) e, anche per un’efficace ricostruzione storica del diverso atteggiamento del legislatore e delle attuali prospettive di riforma, FORTUNATO S., *Considerazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2016, 587 ss. In sede di commento alla normativa, cfr. VALENSISE P., *Sub art. 182-*quater**, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, 446 ss., e IRACE A., *Sub art. 182-*quinquies**, *ibidem*, 461 ss.

<sup>588</sup> Secondo VITALI M. L., *op. cit.*, 188-189, ciò parrebbe dovuto “alla difficoltà di equiparare completamente la posizione del socio-finanziatore con la natura del finanziatore “puro” ed è, oltretutto, giustificato dalla necessità di corresponsabilizzare i soci nella gestione di società (generalmente) sottocapitalizzate e di esaltare, nello stesso tempo, la portata della prescrizione del terzo comma quale eccezione al regime “comune” della postergazione”. D’altro canto, non ci si occuperà, in questa sede, del problema dell’applicabilità del regime di prededucibilità parziale ai finanziamenti effettuati dai soci, al di fuori di dinamiche di gruppo, nell’ambito di tipi societari diversi dalla s.r.l. e, in particolare, a favore di s.p.a. Sul punto, pare persuasiva l’opinione di IBBA C., *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (Diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, 1026 ss., spec. 1034-1035, il quale considera due (possibili) opzioni di fondo: “se si muove dall’idea, del resto assai diffusa, secondo cui il precetto contenuto nell’art. 2467 c.c. opera anche al di fuori del «tipo» s.r.l., quanto meno ove si riscontrino le condizioni tipiche in considerazione delle quali la postergazione è stata prevista per le s.r.l. (ristretta base sociale, vicinanza del socio all’amministrazione, e via dicendo), direi che il favor per il finanziamento delle imprese in crisi ispiratore del comma 3 dell’art. 182-*quater* giustifica senz’altro l’analoga estensione della norma derogatoria e la soggezione, dunque, di tutti i finanziamenti soci così connotati alla regola speciale della prededucibilità parziale. Ma ipotizziamo, invece, che l’art. 2467 c.c. non si applichi alle s.p.a. (ovvero non si applichi a certe s.p.a., non riproducendosi per esse le condizioni tipiche giustificatrici della postergazione) ... Se le s.p.a. — o certe s.p.a. — sono estranee al campo di applicazione dell’art. 2467, ciò significa che l’ordinamento non ravvisa alcun motivo per riprovare i finanziamenti erogati dai loro soci. Ma allora, non essendovi ragioni che giustificino una attenuazione del regime di prededucibilità, ove sussistano le condizioni di cui all’art. 182-*quater* essi dovrebbero essere prededucibili integralmente e non solo nei limiti dell’80%; soluzione,



Certamente, la circostanza che il socio finanziatore sia, in questo caso, un ente locale non autorizza alcuna lettura differenziata, dovendosi ritenere, comunque, operante il regime appena richiamato<sup>589</sup>, mentre il coordinamento dovrebbe aver luogo rispetto alle norme contenute nell'art. 14 TUSPP. Difatti, è appena il caso di ricordare che *“le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono ... effettuare ... aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate ... che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali”*. In una ipotesi siffatta, la p.a. (socia) non potrebbe rivestire pure la qualità di finanziatrice, dovendosi reperire linee di credito diverse per mantenere l'equilibrio della situazione finanziaria nel breve e nel lungo termine<sup>590</sup> pena, diversamente, il rischio della perdita della continuità aziendale e, probabilmente, pure di quella relativa al servizio pubblico locale.

In alternativa, essendo poco plausibile che l'interesse (pubblico) all'erogazione (continuativa) del servizio – e, quindi, il costo del salvataggio – venga trasferito, complessivamente, in capo al ceto creditorio (avendo la procedura in esame, pur sempre, di mira la realizzazione del *miglior soddisfacimento* di quest'ultimo, v. § 1), la soluzione per il finanziamento della continuità aziendale (e qui risiede uno dei tratti precipui della disciplina della crisi della società a partecipazione pubblica) potrebbe essere ricercata in altri apporti che potrebbero definirsi “spontanei”. Il riferimento è, con tutta evidenza, a quei trasferimenti, effettuati dalla stessa p.a. (o, più in generale, dallo Stato), o a fronte *“di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti”* o all'esito del procedimento autorizzativo previsto dall'ultima parte del quinto comma dell'art. 14 TUSPP (cfr., ancora, § 4.1.)<sup>591</sup>.

---

*questa, alla quale può pervenirsi — e mi pare corretto pervenire — osservando in definitiva che, non essendovi nell'ipotesi considerata alcuna norma codicistica da derogare, a tali finanziamenti non si applica la norma speciale derogatoria contenuta nel comma 3 dell'art. 182-quater, ricadendo essi immediatamente nel campo di applicazione dei primi due commi”* (virgolettato dell'A.).

<sup>589</sup> In tal senso, cfr., pure, VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 204.

<sup>590</sup> Osserva, sul punto, TRONCI L., *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, in *Giur. comm.*, 2013, 1269 ss., spec. 1276-1277: *“mentre la necessità di copertura del capitale sociale attiene al profilo patrimoniale della gestione, la continuità aziendale riguarda l'aspetto finanziario. La mancanza del capitale minimo di legge non implica necessariamente la perdita della continuità; in assenza del capitale sociale - ormai perso, in seguito al verificarsi dell'andamento reddituale negativo - la società potrebbe “sopravvivere”, senza perdere la prospettiva di funzionamento, grazie ai finanziamenti di terzi ovvero degli stessi soci, garantendo l'equilibrio della situazione finanziaria nel breve e nel lungo termine”* (corsivi e virgolettato dell'A.).

<sup>591</sup> Probabilmente, potrebbe farsi rientrare tra i trasferimenti statali a sostegno del finanziamento della crisi dell'impresa pubblica il provvedimento – menzionato da CHIONNA V. V., *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche, Relazione al Convegno “Le “nuove” società partecipate e in house providing alla luce dei testi unici su società*

Parallelamente, non può obliterarsi che, nell’ottica dell’osservanza degli equilibri concorrenziali, le norme dell’Unione in materia di aiuti di Stato sono state interpretate nel senso che esse vietano i regimi relativi alla crisi delle imprese i quali, favorendo l’impresa oggetto della procedura concorsuale alterano il libero gioco della concorrenza. In particolare, questa interpretazione delle regole di concorrenza dell’Unione si deduce dalle comunicazioni della Commissione che indicano gli “*Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*”, adottati, da ultimo, nel 2014<sup>592</sup>. In tali orientamenti la Commissione ha ribadito che – ove non ricorrano le condizioni perché gli aiuti siano dichiarati compatibili con il mercato comune – trova applicazione il divieto dell’intervento pubblico in favore delle *imprese in difficoltà*<sup>593</sup> con l’espressa inclusione, tra queste, dei fornitori di servizi di interesse economico generale<sup>594</sup> (v., però, il *sostegno temporaneo per la ristrutturazione* che può essere concesso anche alle *piccole imprese pubbliche*<sup>595</sup>).

---

*partecipate e servizi pubblici locali*”, Bari, 21 e 22 ottobre 2016 – a favore della società Ferrovie Sud-est. Si tratta, partitamente, dell’art. 1, co. 867, l. 28 dicembre 2015, n. 208 che così dispone: “*in considerazione della grave situazione finanziaria concernente la società Ferrovie del Sud Est e servizi automobilistici, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, è disposto il commissariamento della suddetta società e sono nominati il commissario ed eventuali sub-commissari. Il commissario provvede, entro novanta giorni dal suo insediamento, a predisporre un piano industriale per il risanamento che preveda, tra l’altro, la riduzione dei costi di funzionamento ... Il commissario, a seguito della ricognizione contabile, provvede, se necessario, dandone preventiva comunicazione al socio e al Ministero dell’economia e delle finanze, ad attivare le procedure di ristrutturazione dei debiti di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Su proposta del commissario, la società può, altresì, essere trasferita o alienata secondo criteri e modalità individuati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Nelle more dell’attuazione del predetto piano di risanamento, al fine di assicurare la continuità operativa della predetta società, è autorizzata la spesa di 70 milioni di euro per l’anno 2016*” (corsivo di chi scrive).

<sup>592</sup> Più specificamente, i primi orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà sono stati adottati dalla Commissione nel 1994 (GU C 368 del 23 dicembre 1994, p. 12). Nel 1997 la Commissione ha aggiunto disposizioni specifiche per il settore agricolo (GU C 283 del 19 settembre 1997, p. 2 ss.) e nel 1999 ha adottato una versione modificata degli orientamenti (GU C 288 del 9 ottobre 1999, p. 2 ss.). Nel 2004 la Commissione ha adottato nuovi orientamenti (GU C 244 dell’1 ottobre 2004, p. 2 ss.), la cui validità è stata prorogata fino alla loro sostituzione con nuove norme (GU C 249 del 31 luglio 2014, p. 1 ss.). Tra i contributi che hanno approfondito la tematica v., in termini generali, MEO G., *Aiuti di stato e forme di risanamento d’impresa compatibili*, in *Dir. comm. inter.*, 2011, 47 ss.; anche con riferimento all’impresa pubblica in crisi, IANNONE C., *Gli aiuti di Stato in favore delle imprese pubbliche e le regole nazionali applicabili al loro stato di crisi*, cit., spec. 279 ss. e, per un commento agli orientamenti più recenti, BALDI C. E., *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. Manuale critico ad uso delle amministrazioni e delle imprese*, Maggioli ed., Santarcangelo di Romagna, 2016, 383-394.

<sup>593</sup> Per la nozione di *impresa in difficoltà* si rinvia al punto 20 degli *Orientamenti* del 2014 cit.

<sup>594</sup> In sintesi, nel caso di aiuti a favore di un fornitore di SIEG in difficoltà (v. § 5 degli *Orientamenti* del 2014 che, però, non si applica al settore del trasporto ferroviario per il quale valgono regole specifiche), la Commissione tiene conto della “*natura specifica dei SIEG e, in particolare, della necessità di garantire la continuità della fornitura del servizio, in conformità dell’articolo 106, paragrafo 2, del trattato*” ed inoltre degli “*aiuti di Stato ricevuti dal fornitore in questione, compresa l’eventuale compensazione per gli obblighi di servizio pubblico*”. Su quest’ultimo punto (da

Ma, v'è di più. Non sarebbe, si è osservato<sup>596</sup>, immune dall'applicazione di tale disciplina neppure l'erogazione di finanziamenti in esecuzione della proposta concordataria benché, come detto, questi ultimi siano prededucibili. Di conseguenza, nell'utilizzazione dello strumento concordatario con continuità aziendale – specialmente nella fattispecie esaminata della continuità c.d. diretta – dovrebbe auspicarsi un accorto monitoraggio di talché, ove nel corso della procedura emerga che i risultati attesi non siano più logicamente conseguibili e, per converso, non si riesca a garantire il necessario fabbisogno per il pagamento dei debiti indicati nel piano, lo strumento concordatario dovrebbe perdere la sua funzione. Non si potrebbe, altrimenti, immaginare un sistematico ricorso al finanziamento da parte dello Stato e della p.a. che, pur garantendo la continuità nella fornitura del servizio, produca solo un grave ed irreversibile depauperamento di risorse (pubbliche) ed esponga, contemporaneamente, al rischio di una procedura d'infrazione<sup>597</sup>.

---

leggersi in uno con le riflessioni svolte *sub cap. I, parte I, §§ 3 e 5*), si legge: “*poiché i fornitori di SIEG ottengono una buona parte delle loro normali entrate dalla compensazione per il servizio pubblico, l'importo totale di aiuto determinato in questo modo potrebbe essere molto elevato rispetto alle dimensioni del beneficiario e potrebbe sovrastimare l'onere che la ristrutturazione del beneficiario comporta per lo Stato. Pertanto, per determinare il contributo, la Commissione non terrà conto delle compensazioni per obblighi di servizio pubblico che risultano conformi alle condizioni di compatibilità stabilite nella disciplina SIEG*”. Infine, è interessante sottolineare la clausola (di salvezza) ivi contenuta: “*se un fornitore di SIEG non è in grado di rispettare le condizioni previste dai presenti orientamenti, l'aiuto in questione non può essere considerato compatibile. In tali casi, tuttavia, la Commissione può autorizzare l'erogazione dell'aiuto in quanto necessario per garantire la continuità del servizio di interesse economico generale finché un nuovo fornitore è incaricato del servizio. La Commissione autorizza un aiuto solo se lo Stato membro interessato dimostra sulla base di criteri oggettivi che l'aiuto è strettamente limitato all'importo e alla durata indispensabile per affidare il servizio a un nuovo fornitore*” (corsivo di chi scrive).

<sup>595</sup> A livello generale, difatti, gli aiuti al *salvataggio* e alla *ristrutturazione* possono essere concessi solo su autorizzazione della Commissione, a seguito di notifica da parte dello Stato interessato, mentre è prevista la possibilità di notificare regimi di aiuto sulla base dei quali si potranno effettuare interventi per il *salvataggio* e la *ristrutturazione* delle PMI e, per l'appunto, delle *piccole imprese pubbliche*. Segnatamente, queste ultime sono definite (nota 11, *Orientamenti* 2014) come “*le unità economiche con potere decisionale indipendente che rientrerebbero nella definizione di piccole o medie imprese ai sensi della raccomandazione 2003/361/CE, se non fosse che almeno il 25 % del loro capitale o dei loro diritti di voto è direttamente o indirettamente, individualmente o congiuntamente, controllato da uno o più organismi pubblici*”. Tale regime differenziato (che potrebbe riguardare le società miste e, forse, le società *in house*) si spiega (v. punto 13 dei suddetti *Orientamenti*) in considerazione delle *maggiori difficoltà* che le PMI e le piccole imprese pubbliche incontrano nell'*accedere alla liquidità* in confronto alle *grandi imprese*. Tuttavia, è previsto un importo massimo di aiuti concessi a ciascuna impresa pari a dieci milioni di euro.

<sup>596</sup> Cfr. VESSIA F., *op. loc. ult. cit.*, la quale richiama, a ragione, l'esperienza della originaria legge Prodi (l. n. 95/1979) che fu oggetto di una procedura d'infrazione per aiuti di Stato.

<sup>597</sup> Si legge, chiaramente, nei citati *Orientamenti* del 2014 (punto 1.9): “*un altro problema riguarda l'«azzardo morale» che l'aiuto di Stato comporta. Facendo affidamento sul fatto che con buona probabilità saranno salvate in caso di difficoltà, le imprese potrebbero avventurarsi in strategie aziendali eccessivamente rischiose e insostenibili. Inoltre, la prospettiva di aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione a favore di una determinata impresa può ridurre artificialmente il suo costo del capitale, conferendole un indebito vantaggio competitivo sul mercato*”.

Le questioni sin qui delineate non parrebbero porsi negli altri due casi di concordato con continuità aziendale previsti dall'art. 186-bis, co. 1, l. fall., ovvero la *cessione dell'azienda in esercizio* e il *conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione*: nella prima sub-fattispecie di continuità c.d. indiretta, il soddisfacimento dei creditori avrebbe luogo, infatti, attraverso la distribuzione del ricavato della vendita a terzi dell'azienda, nella seconda, essendo la contropartita di valore dell'azienda ceduta rappresentata dalla partecipazione in un'altra società (anche neocostituita), sarebbe necessario (con un secondo passaggio<sup>598</sup>) realizzare il relativo valore per distribuirlo, poi, ai creditori. Né in queste ipotesi vi sarebbe, come è agevole intuire, un problema di continuità aziendale – e, quindi, ove si ammettesse la cessione del contratto di servizio, di regolarità nell'erogazione del servizio pubblico locale – essendo possibile indentificare un tratto comune rappresentato, per l'appunto, dalla permanenza in esercizio dell'azienda medesima<sup>599</sup>; piuttosto sembrerebbe necessario andare a valutarne, *in apicibus*, l'ammissibilità.

Quanto al possibile conferimento dell'azienda di una società *in house* o mista in un'altra società (di nuova costituzione), potrebbe immaginarsi l'opzione che sia la stessa p.a. a costituire una nuova società nel rispetto del procedimento consacrato nell'art. 7 TUSPP e con il perseguimento di una delle finalità previste dall'art. 4 del medesimo Testo unico, che, nel nostro caso, non potrebbe che consistere nella gestione di un servizio pubblico locale di interesse economico generale. In seguito, sarebbe lo stesso socio pubblico (o i soci pubblici) ad indicare all'organo gestorio una siffatta modalità di soluzione negoziale della crisi<sup>600</sup>; il che potrebbe, certamente, consentire un

---

<sup>598</sup> Le ipotesi di realizzo del valore della partecipazione sono sintetizzate da PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, cit., 219, la quale, scartata l'alternativa che “*la soddisfazione dei creditori possa constare nella distribuzione dei dividendi percepiti dalla società attraverso la partecipazione, soprattutto in virtù della durata relativamente limitata della procedura*”, ne individua tre: “*1) la cessione della partecipazione a terzi verso un corrispettivo in danaro; 2) l'assegnazione delle quote ai creditori, con conversione del debito in capitale ovvero 3) l'impegno della conferitaria in qualità di assunto alla soddisfazione dei creditori*”.

<sup>599</sup> Questo profilo è ben sottolineato, in dottrina, da PETTIROSSI V., *op. cit.*, 214-215 ove rileva che “*«l'esercizio dell'azienda» è comun denominatore delle sub-fattispecie di cui al comma 1 (dell'art. 186-bis l. fall., nda). L'esercizio è certamente riferito all'attività di impresa di cui l'azienda è strumento, la quale dovrà conservare, anche nelle more della procedura, i caratteri della professionalità, economicità e organizzazione, indipendentemente dal soggetto che è (o diventerà) titolare dell'attività imprenditoriale. Affinché la continuità sia rilevante è allora necessario che al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato l'imprenditore insolvente stia esercitando l'attività imprenditoriale, con il sostenimento di costi e la realizzazione di ricavi, in una prospettiva non meramente liquidatoria di dismissione, dissoluzione, dell'azienda, ma orientata al mantenimento della professionalità, organizzazione ed economicità, anche se in vista della futura cessione dell'attività ... Il tratto qualificante non è allora la correlazione tra la prosecuzione dell'attività e la capacità di pagamento dei creditori, che si dà per assunta, quanto il fatto che l'azienda che si va a cedere è «in esercizio» nei termini supra individuati*” (virgolettati dell'A.).

<sup>600</sup> Sul punto, cfr. GUERRERA F., MALTONI M., *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, in *Riv. soc.*, 2008, 17 ss., spec. 59 ove si rileva che “*almeno per quanto concerne le s.p.a., in mancanza di particolari*

*fresh start* per l'iniziativa pubblica da bilanciare, attentamente, con l'assenza di ogni indicazione normativa circa l'esperibilità di una simile modalità di affidamento del servizio ed il rischio della possibile elusione (nel caso in cui simili iniziative vengano reiterate) di precise "sanzioni" normativamente previste (su tutte l'art. 14, co. 6, TUSPP). Inoltre, una volta ammessa la costituzione di una nuova società (pubblica) conferitaria dell'azienda, forti limitazioni sussisterebbero, tra le ipotesi di realizzo della partecipazione, per la cessione della partecipazione medesima a terzi – possibile solo nel rispetto dell'art. 10 TUSPP e, ove si tratti di partecipazione della (nuova) società *in house* o mista ceduta ad un privato, degli artt. 16 e 17 del predetto T.u. – e, similmente, per l'assegnazione della partecipazione ai creditori.

Con riguardo, infine, alla continuità aziendale realizzata tramite la cessione dell'azienda, nella nostra materia qualche dubbio potrebbe sollevarsi in considerazione non solo dell'eventuale ammissibilità della cessione del contratto di servizio, ma, altresì, della natura – funzionalmente vincolata – caratterizzante la maggior parte dei beni costituenti il compendio aziendale.

### **3. L'esercizio provvisorio dell'affidatario di un servizio pubblico locale dichiarato fallito.**

Nell'eventualità in cui non si riesca ad intervenire tempestivamente sulla crisi e in tutti gli altri casi in cui la dichiarazione di fallimento rappresenti un epilogo inevitabile, potrebbe saggiarsi la possibilità, per le nostre società, di disporre l'esercizio provvisorio. In proposito, in dottrina<sup>601</sup> e in giurisprudenza<sup>602</sup>, è diffusa l'affermazione circa l'inutilizzabilità dello strumento di cui all'art. 104 l. fall. al fine di evitare l'interruzione del servizio conseguente alla dichiarazione di fallimento dell'affidatario di un servizio pubblico locale; si ritiene – è opportuno qui rammentarlo (cfr. *supra*

---

*disposizioni statutarie limitative dei poteri degli amministratori (artt. 2364, n. 5 e 2380-bis c.c.), sia la proposizione della domanda di concordato, sia lo "scorporo" dell'azienda e il conferimento in altra società (nuova o preesistente) di beni, crediti, diritti (anche litigiosi) o rapporti giuridici in blocco, rientrano nella competenza dell'organo gestorio",* anche se, a livello generale, lo stesso A. in uno scritto successivo (GUERRERA F., *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, 1114 ss., spec. 1131) osserva che "deve ribadirsi tuttavia, anche con riguardo alle società azionarie, la legittimità di una "rimessione ai soci" della decisione in ordine al contenuto della soluzione negoziale della crisi o dell'insolvenza o, quanto meno, di un "interpello" dell'assemblea, volto a ricevere istruzioni o raccomandazioni in ordine alla modalità di soluzione della crisi: in specie, ove essa abbia conseguenze devolutive (e, a ben vedere, in fin dei conti liquidative) sul patrimonio, come nel concordato con "cessione dei beni ai creditori" o "con assunzione del terzo" o mediante "scorporo" delle principali aziende e attività" (virgolettati dell'A.).

<sup>601</sup> V. D'ATTORRE G., *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in JORIO A., SASSANI B. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 321-322.

<sup>602</sup> Tra le pronunce che aderiscono all'approccio funzionale basato sul carattere necessario della società pubblica ed escludono, conseguentemente, il ricorso all'esercizio provvisorio dell'impresa si segnalano, in special modo, Trib. Foggia, sez. fer., 1 settembre 2011, cit., e Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, cit.

cap. II, § 2) – che, ove si ricorresse a tale istituto, si assisterebbe ad una *inammissibile sostituzione* dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere tipicamente pubblicistico.

Di contrario avviso sarebbe la Corte di legittimità che, in una pronuncia già richiamata nelle pagine precedenti<sup>603</sup>, replica a tale obiezione sottolineando come l'autorizzazione alla continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa non provocherebbe alcuna sostituzione dell'autorità giudiziaria a quella amministrativa in quanto quest'ultima, che aveva in precedenza scelto il soggetto cui affidare la gestione, continuerebbe ad intrattenere con questo “*per tutta la durata dell'esercizio i medesimi rapporti che vi intratteneva prima della dichiarazione di fallimento*”. Tale indirizzo è stato avallato non solo da una parte della dottrina<sup>604</sup> (per vero, ancor prima della predetta sentenza), ma, altresì, dalle decisioni di merito<sup>605</sup> che, in concreto, hanno ritenuto di disporre l'esercizio provvisorio di società esercenti un servizio pubblico.

Ora, se la dimostrata – ed ormai legislativamente prevista – fallibilità delle società pubbliche consente di ritenere superato il problema dell'astratta ammissibilità dell'esercizio provvisorio dell'impresa (in forma collettiva) che gestisce un servizio pubblico locale, si deve, in continuità con l'obiettivo prefissato in sede di considerazioni introduttive al presente capitolo, indagare l'atteggiarsi dell'istituto in commento in ragione della pluralità di interessi coinvolti e della

---

<sup>603</sup> Il riferimento è a Cass., sez. I, 27 novembre 2013, n. 22209, *cit.*

<sup>604</sup> Si occupano, partitamente, della possibilità di ricorrere all'esercizio provvisorio dell'impresa già prima della sentenza di cui alla nota precedente: SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, *cit.*, 325-327, e FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento*, *cit.*, 560-563; successivamente, v. CODAZZI E., *Le società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, *cit.*, e FIMMANÒ F., *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento*, in JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Milano, 2016, 29 ss., spec. 160 ss.

<sup>605</sup> Riprendono Cass. n. 22209/2013 ed ammettono, in astratto, l'esercizio provvisorio: Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, *cit.*; Trib. Napoli, 29 maggio 2014, *cit.*, e App. Napoli, 27 ottobre 2015, n. 214, *cit.* In tale ambito, di particolare interesse sono le considerazioni svolte da Trib. Nocera Inf., 21 novembre 2013, *cit.*, ove si legge che: “*la sospensione di un servizio pubblico è fatto senz'altro rilevante sul piano pubblicistico, ma rileva e deve trovare la sua soluzione migliore nelle sedi preposte, ossia l'ente politico di riferimento, ma non può divenire fattore ostativo alla declaratoria di fallimento di un soggetto privato imprenditore e decotto, il quale ha male gestito soldi, tra l'altro pubblici, e che è causa, con la propria condotta del disagio per gli utenti. L'ente di riferimento bene potrà agire in revoca verso la società fallita, se ritenuto, dell'affidamento, per procedere a nuova gara successiva oppure, in caso contrario, e se proficuo per la migliore liquidazione del complesso aziendale, il tribunale potrà disporre l'esercizio provvisorio. Ed è chiaro che tale esercizio provvisorio non potrà che avvenire secondo logiche aziendalistiche, le medesime che avrebbero dovuto guidare gli organi di gestione della società in house*” (corsivo di chi scrive). A quanto consta, solo Trib. Siracusa, 25 novembre 2013, *cit.*, ha, concretamente, disposto l'esercizio provvisorio sul presupposto della “*gravità del danno che deriverebbe alla collettività dall'interruzione di un servizio pubblico essenziale*”.

peculiare relazione che lega il socio (pubblico) alla società affidataria del servizio, specie se *in house providing*.

Preliminarmente, occorre constatare come intorno alla funzione dell'esercizio provvisorio dell'impresa si sia agitato, sotto la precedente formulazione (art. 90 l. fall.), un dibattito che vedeva contrapporsi un orientamento che apprezzava la gestione provvisoria come strettamente ed unicamente preordinata alle finalità liquidative della procedura<sup>606</sup>, un altro che riteneva trattarsi di un'attività prettamente amministrativa e conservativa<sup>607</sup> e, infine, uno, qualificabile come intermedio<sup>608</sup>, il quale interpretava questo istituto quale “*pausa costruttiva della procedura che consente una più meditata riflessione sulle effettive prospettive dell'impresa nel senso della conservazione o della liquidazione*”.

Le differenti ricostruzioni risentivano, più a monte, del problema – nel giudizio, per dir così, comparativo degli interessi tutelati dalla norma – del ruolo da riconoscere all'interesse dei creditori, stante, com'è noto, la mancanza nell'art. 90 di un esplicito riferimento al pregiudizio per i medesimi (a differenza, chiaramente, dell'inciso contenuto attualmente nell'art. 104 l. fall. di cui si dirà *infra*); ciononostante alcuni interpreti<sup>609</sup> ritenevano che il solo parametro di riferimento per l'individuazione del “*danno grave e irreparabile*” fosse costituito dall'interesse del ceto creditorio. Accanto a tale posizione, altri<sup>610</sup>, con spirito anticipatore, riferivano la detta formula sia alla massa dei creditori sia a terze economie con il limite, però, che non ne risultassero pregiudicati proprio i

---

<sup>606</sup> Cfr. PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Milano, 1974, 1551 e 1575 ss.; in senso critico soprattutto rispetto all'ipotesi di cui all'art. 90, co. 2, ANDOLINA I., «*Liquidazione dell'attivo*» ed «*esercizio provvisorio dell'impresa*» nel fallimento, in *Dir. fall.*, 1978, 181 ss., spec. 215 ove rileva che “*l'«esercizio provvisorio» (di cui al comma 2 dell'art. 90) non è un mezzo di liquidazione, o – quanto meno – non lo è al pari delle vendite. Ché, altrimenti, non si spiegherebbe la contrazione che l'officiosità subisce nella specie: perché mai, cioè, nell'adottare il «mezzo liquidativo-esercizio provvisorio», il potere del giudice incontra un limite (= parere vincolante del comitato dei creditori), quale non si rinviene relativamente all'adozione dei (restanti) mezzi liquidativi*” (virgolettati e corsivo dell'A.).

<sup>607</sup> Si vedano, in particolare, RIVOLTA G.C.M., *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 160, e RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, II ed., Padova, 1994, 415.

<sup>608</sup> Posizione riconducibile, sostanzialmente, al contributo di CAVALAGLIO A., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, 234 ss., spec. 261 da cui si cita nel testo.

<sup>609</sup> Cfr. PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 1565.

<sup>610</sup> V., tra questi, RIVOLTA G.C.M., *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, cit., 139-140; CAVALLO BORGIA R., *Continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, in *Giur. comm.*, 1982, 737 ss., spec. 747, la quale così, significativamente, rileva: “*solo nella seconda fase la gestione sostitutiva è preordinata alla tutela degli interessi dei creditori, potendo la stessa rispondere anche alla salvaguardia di altri non eludibili e ulteriori interessi nella prima fase*” (corsivi dell'A.); parrebbe prendere in considerazione anche interessi diversi da quelli dei creditori CAVALAGLIO A., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, cit., 251.

creditori e altri ancora<sup>611</sup>, facendo leva sull'assenza di qualsiasi cenno ai creditori, attribuivano all'esercizio provvisorio finalità dichiaratamente pubblicistica.

Da ciò si potrebbe desumere che l'attuale formulazione dell'art. 104 l. fall. che, nel primo comma, contempla espressamente la possibilità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa "*se dall'interruzione può derivare un danno grave (non più irreparabile), purché non arrechi pregiudizio ai creditori*" non costituisca altro se non l'adesione ad una delle opzioni interpretative già proposte per il previgente art. 90 l. fall. ed appena menzionata; tuttavia, una simile affermazione sarebbe poco significativa se non si procedesse ad un corretto inquadramento, quanto all'istituto che occupa, della novella del 2006.

Infatti, è stato pressoché unanimemente<sup>612</sup> notato un diverso atteggiamento della disciplina di diritto concorsuale rispetto all'istituto in esame: dal "*particolare sfavore*" riservato dalla legge del 1942<sup>613</sup> si transita, nell'ottica di un "*rinnovato modo di interpretare la stessa funzione dell'esecuzione forzata collettiva*", all'espressa "*funzionalizzazione*" del medesimo "*non più al solo interesse privatistico di consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale*", ma anche "*aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte*"<sup>614</sup>. Ciò sembrerebbe maggiormente evidente ove si consideri l'esercizio provvisorio adottato nell'immediatezza del fallimento come misura "urgente" (primo comma dell'art. 104 l. fall.), mentre diverrebbe più rarefatto nel caso venga disposto in seguito (secondo comma dell'art. 104 l. fall.).

Procediamo, però, con ordine occupandoci, per il momento, dell'esercizio provvisorio contestuale alla sentenza dichiarativa di fallimento.

---

<sup>611</sup> A tale posizione, come ricorda FABBIO PH., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Esi ed., Napoli, 2011, 17-18, nt. 8 (al quale si rinvia per un'approfondita analisi del filone del c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali), viene ricondotta una breve serie di provvedimenti di merito conosciuta come "rito avellinese": per giustificare il ricorso all'esercizio provvisorio, soprattutto d'urgenza, si faceva ricorso, tra l'altro, nel caso di un'impresa di autotrasporti in concessione ai "*vari interessi, degni di tutela, di natura pubblicistica e sociale, oltre che per le ragioni economiche dell'impresa*" (cfr. Trib. Avellino, 30 luglio 1960) oppure, nel caso di una società di calcio, s'individuava il "danno grave e irreparabile" nel rischio, oltre che di "*dissoluzione del patrimonio giocatori*", di "*alterazione del campionato di calcio*" (v. Trib. Verona, 23 febbraio 1991, *Foro it.*, 1992, I, c. 558 ss.).

<sup>612</sup> In dottrina, il favore legislativo per l'esercizio provvisorio, ovvero la coerenza dell'istituto con l'obiettivo generale della novella di favorire soluzioni conservative, viene evidenziato da MEOLI B., *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, in *Fall.*, 2005, 1042 ss., spec. 1043; LICONTI F., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2006, 388 ss., spec. 390; STASI E., *L'esercizio provvisorio*, in *Fall.*, 2007, 853 ss., spec. 853; FABBIO PH., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 19.

<sup>613</sup> Così si esprimeva la Relazione al Re per la legge del 1942.

<sup>614</sup> In questi termini la Relazione governativa al decreto legislativo n. 5/2006, in *Guida al dir.*, 2006, 57 ss., spec. 76.



### 3.1. (segue) L'esercizio provvisorio "urgente".

Se, come si è detto, già in passato si era avanzata l'opinione che quest'ultimo potesse essere preordinato alla tutela di interessi *ulteriori* rispetto a quelli dei soli creditori, occorre, in ogni caso, delimitare la portata del limite negativo ("*purché non arrechi pregiudizio ai creditori*") attualmente previsto. Il tenore letterale della norma lascerebbe, infatti, intendere che il "danno grave" non sia esclusivamente quello subito dai creditori concorsuali, ma il pregiudizio per questi ultimi si configurerebbe quale condizione negativa per l'apertura dell'esercizio provvisorio nella misura in cui si potrebbe ritenere di rilievo un interesse "estraneo" a quello dei creditori purché questo non si rifletta negativamente sui creditori stessi<sup>615</sup>.

In particolare, nella ricerca dei soggetti *altri* che a seguito dell'interruzione dell'impresa potrebbero subire un *danno grave*, sono state ricomprese<sup>616</sup> categorie per lo più accomunate da una "*spiccata valenza sociale*", tra le quali si annoverano proprio i clienti dell'impresa che fornisca beni o servizi di pubblica utilità<sup>617</sup>. Invero, gli *ulteriori* interessi di cui tali soggetti sono portatori sembrerebbero, comunque, tutelati in via gradata dall'istituto di cui si tratta<sup>618</sup>; tale precisazione si

---

<sup>615</sup> Questa è la posizione che si ritrova, tra gli altri, in LICONTI F., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, cit., 393-394; AMBROSINI S., *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, *Il fallimento*, vol. XI, tomo II, Padova, 2008, 521 ss., spec. 525-526; FIENGO C., *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Esi ed., Napoli, 2009, 42, e BASSI A., *L'esercizio provvisorio*, in BUONOCORE V., BASSI A. (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Padova, 2011, 307 ss., spec. 311-313.

<sup>616</sup> Cfr., specialmente, il contributo di SABATELLI E., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. «sociali»*, in *Dir. fall.*, 2011, 127 ss., spec. 135; in precedenza, v., nello stesso senso, SANDULLI M., *Sub art. 104*, in NIGRO A., SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 604 ss., spec. 607 ove rileva: "è da prevedere che le insopprimibili esigenze sociali e collettive costringeranno i tribunali a forzare il dato normativo, consentendo l'esercizio dell'impresa anche se vi sia il pregiudizio per i creditori. Ora, se la limitazione posta consente ai tribunali di poter severamente selezionare i casi in cui disporre l'esercizio dell'impresa, essa però non dovrebbe impedire, nei casi estremi, tale possibilità con il vincolo di limitare l'eventuale pregiudizio per i creditori all'indispensabile". Prima della riforma della legge fallimentare, cfr., ancora, SANDULLI M., *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, 196 ss., spec. 198 ss.

<sup>617</sup> Del resto, nella sentenza Cass., sez. I, 27 novembre 2013, n. 22209, cit. si legge che "nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in presenza del quale autorizzare l'esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita".

<sup>618</sup> Osserva MEOLI B., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2009, 1163 ss., spec. 1166: "non è ad esso (l'esercizio provvisorio, *nda*) estranea anche l'attuazione di esigenze e interessi per così dire sociali. Ma questi ultimi sono assecondati in via diretta e occasionale, come dimostra la circostanza che, nel corso della procedura, è comunque demandato al comitato dei creditori – che di certo è incaricato di attuare principalmente gli interessi del ceto che rappresenta – di assumere scelte condizionanti e insindacabili, a riguardo dell'avvio o della revoca dell'esercizio"

ritrovarebbe, pure, in una pronuncia di merito<sup>619</sup> – tra le poche<sup>620</sup> ad aver affrontato diffusamente il problema degli interessi tutelati – ove si motiva che “*il danno grave costituisce espressione dei valori sociali insiti nell’impresa, soprattutto laddove si proponga come “fabbrica di imprese”, evidenziando la possibilità di dare ingresso a processi valutativi più estesi di quelli confinati nell’interesse del ceto creditorio*”, ma quest’ultimo, benché non rappresenti il suo oggetto esclusivo, permanerebbe come *limite estremo ed invalicabile del potere autorizzativo*.

Verrebbe, viceversa, accordata una prevalenza assoluta all’interesse dei creditori da quell’opinione<sup>621</sup> che correla il danno grave al *valore del patrimonio* dell’impresa, inteso quale *bene intangibile capace di conservare valori (se non di generarne altri)*: quando l’interruzione dell’attività comporti una diminuzione di quel valore, per ciò stesso si determinerebbe un

---

(corsivo dell’A.). FABBIO PH., *L’esercizio provvisorio dell’impresa nel fallimento*, cit., spec. 37-38, ritiene che l’utilizzo dell’esercizio provvisorio debba conciliarsi con l’interesse dei creditori che “*così diventa il veicolo dell’interesse generale ad evitare la perdita di ricchezza che può essere collegata alla dissoluzione di complessi produttivi, e in genere degli altri interessi che, di fatto, si appuntano sulla conservazione dell’impresa*”. Di analogo tenore la posizione di MAFFEI ALBERTI A., *Sub art. 104*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, 2013, 703 ss., spec. 704 ove evidenzia che “*nell’ipotesi di divergenza tra esigenze di carattere pubblico ed interesse dei creditori all’ottenimento della liquidazione del miglior risultato, è sempre quest’ultimo a dover prevalere in quanto l’esercizio provvisorio viene inscindibilmente ricollegato alla sua rispondenza agli interessi dei creditori*”.

Peculiare, invece, l’opinione di FIMMANÒ F., *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, 756 ss., spec. 771, il quale ancora l’analisi sulla quale si deve fondare il provvedimento autorizzativo su due fattori: “*il primo è costituito dalla opportunità di evitare un danno grave non necessariamente ai creditori ma all’impresa e per l’effetto a tutti i soggetti che possono conseguentemente riceverne pregiudizio e quindi è giustificato dalla soddisfazione dell’interesse socio-economico, anche nei casi in cui si concretizza nella gestione in perdita di un’impresa parassitaria. Il secondo presupposto impone invece di verificare che la continuazione «non arrechi pregiudizio ai creditori»*” (virgolettato e corsivo dell’A.).

<sup>619</sup> Il riferimento è a Trib. Bologna, 14 agosto 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) e in *Giur. comm.*, 2010, 1177 ss., con nota di ROSSI ANT., *L’esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*.

<sup>620</sup> Di recente, si vedano, inoltre, Trib. Alessandria, 9 febbraio 2016, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), la quale riferisce il danno grave “*non solo ai creditori, ma all’impresa stessa e indirettamente a tutti i terzi che vi gravitano attorno (quali principalmente i lavoratori, i fornitori e i finanziatori)*” e, analogamente, Trib. Catania, 18 giugno 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>621</sup> Riconducibile a PACIELLO A., *Sub art. 104*, in CAVALLINI C. (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Egea ed., Milano, 2010, 915 ss., spec. 921 ss. Occorre, tuttavia, notare che l’A. subito dopo precisa che “*la protezione di qualsiasi interesse altro tramite la prosecuzione dell’impresa potrebbe al più trovare realizzazione a condizione che non siano pregiudicate le ragioni dei creditori, onde il discorso dovrebbe essere ribaltato, nel senso che là dove non vi è lesione dei creditori, può conseguirsi la tutela di ulteriori soggetti*”.

In senso analogo v. FERRI JR. G., *Le forme di esercizio dell’impresa fallita*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 183 ss. (pagg. 189-190) e PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell’impresa nel fallimento*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2010, spec. 58-59, secondo cui “*il riconoscimento di un ruolo così nevralgico ai creditori consente di escludere o, comunque, collocare in posizione secondaria posizioni soggettive altre e diverse, quali, ad esempio, un interesse della collettività a non vedere bruscamente interrotto un servizio pubblico o un interesse di natura tanto patrimoniale come morale del fallito, con accentuazione della vocazione per così dire privatistica dell’esercizio provvisorio a dispetto delle enunciazioni programmatiche del legislatore storico*”.

pregiudizio per i creditori che a quel patrimonio affidano l'aspettativa di soddisfare le proprie pretese, conseguendone, per tale via, l'impossibilità di disporre l'esercizio provvisorio e restando irrilevanti eventuali istanze sociali.

Va dato conto, infine, di una (solo in parte diversa da quella da ultimo considerata) chiave di lettura<sup>622</sup> dell'esercizio provvisorio "urgente" la quale predilige, in luogo di un'aprioristica graduazione degli interessi, un'interpretazione volta ad isolare il significato da attribuire al "danno grave" alla luce non tanto dell'art. 104 l. fall. quanto dell'art. 105 l. fall. Tale ultima norma avrebbe espresso una preferenza per la liquidazione riallocativa del complesso aziendale, così conservato presso il suo acquirente, rispetto alla vendita atomistica dei singoli beni aziendali successiva alla disgregazione dell'organizzazione d'impresa. Si argomenterebbe, a tal uopo, dall'ordine di priorità ricavabile dal suo primo comma: dal complesso aziendale, ai suoi rami, ai "*beni o rapporti giuridici individuabili in blocco*"<sup>623</sup>.

In questa visione, gli interessi degli *stakeholders*, dal lato degli *input* e dal lato degli *output*, rileverebbero soltanto in via indiretta in quanto beneficiari di una scelta conservativa che abbia ad oggetto, innanzitutto, l'impresa: solo se emerge il danno grave inteso quale pericolo di dispersione del "*valore dell'organizzazione*", allora potrebbero essere, altresì, conservate le relazioni contrattuali care, per l'appunto, agli *stakeholders*, i quali, tuttavia, non riceverebbero diretta tutela dalla disciplina in materia di esercizio provvisorio.

Così, ricordato che ci si muove alla ricerca di un (possibile) punto di equilibrio tra interesse del ceto creditorio e quello dell'utenza alla regolarità del servizio pubblico locale, si tratta, tenendo presenti i diversi orientamenti sinora enucleati, di approfondire i margini di utilizzabilità dell'esercizio provvisorio "urgente" nel caso di insolvenza del gestore del servizio.

A fronte del verificarsi di una siffatta evenienza non paiono sussistere numerosi dubbi nel ritenere che già nell'ambito dell'istruttoria prefallimentare dovranno raccogliersi tutte quelle informazioni che, quantunque destinate all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, potrebbero rivestire una valenza non secondaria al fine di consentire al tribunale la

---

<sup>622</sup> Si tratta dell'opinione di ROSSI ANT., *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2013, 71-79.

<sup>623</sup> Osserva ROSSI ANT., *op. cit.*, 78: "*l'esercizio provvisorio, non per nulla disciplinato in limine tra le norme dedicate alla liquidazione dell'attivo fallimentare, diventa strumento funzionale alla conservazione del complesso aziendale in vista della sua vendita quale going concern nel corso della procedura di fallimento. L'art. 105 l. fall., con la sua dichiarazione di preferenza per la vendita degli aggregati, consente di fare chiarezza sul danno grave richiesto dall'art. 104 l. fall. e l'esercizio provvisorio è quindi funzionale a consentire agli organi della procedura di poter continuare ad optare, nei termini previsti per la redazione del programma di liquidazione, per la primaria soluzione della liquidazione monistica del complesso aziendale quale going concern, unica soluzione che renda altresì possibile, pur all'esito di una procedura di fallimento, la conservazione dell'impresa*".

decisione in merito alla prosecuzione dell'impresa<sup>624</sup>. In tale occasione, si potrebbe, difatti, ipotizzare un vaglio da parte dell'organo collegiale relativo all'opportunità di far permanere in vita il complesso aziendale, garantendo, in tal modo, la continuità nella prestazione del servizio pubblico locale, non lasciando, però, in disparte un eventuale pregiudizio per l'interesse dei creditori.

Sul punto, indipendentemente dall'opzione ricostruttiva alla quale si ritenga di aderire, occorrerebbe pur sempre soddisfare la condizione negativa contenuta nell'inciso finale dell'art. 104, co. 1, l. fall.; allora, potrebbe ipotizzarsi, a tal fine, una sostanziale neutralizzazione del nocumento (anche solo potenziale) ai creditori per il tramite del più volte citato divieto di soccorso finanziario (e della possibile deroga) che oggi figura nell'art. 14 TUSPP (v. *supra* § 2 e cap. II, § 4).

Specularmente a quanto già osservato (cfr., ancora, § 2) a proposito del concordato preventivo con continuità aziendale, quello in parola – segnatamente il problema del finanziamento della gestione provvisoria dell'impresa – si segnala come uno dei profili più delicati dell'intera tematica dell'esercizio provvisorio del soggetto, dichiarato fallito, affidatario di un servizio pubblico locale e, dunque, merita di essere, brevemente, analizzato. Infatti, se si considera, come fa accorta dottrina<sup>625</sup>, attività di impresa anche quella provvisoriamente esercitata dal curatore, viene naturale domandarsi quali siano i possibili canali di finanziamento di cui essa necessita a tale scopo.

Nella pratica, com'è noto, gli esercizi provvisori, soprattutto quelli disposti in via "urgente", tendono ad autofinanziarsi, ossia a consumare risorse già proprie nella prospettiva del maggiore realizzo; ciò non esclude, peraltro, che siano configurabili – e questo anche in una fase successiva – apporti di nuova finanza da parte di soggetti che, concedendo fiducia alla gestione provvisoria, confidano sulla maggior probabilità di realizzare le aspettative di recupero<sup>626</sup>. In tale logica, si spiegherebbe la previsione del trattamento extraconcorsuale dei crediti generati dall'esercizio provvisorio: si tratterebbe di una condizione essenziale – come per il concordato preventivo con

---

<sup>624</sup> In dottrina, sottolinea l'importanza delle informazioni che pervengono al tribunale nel corso dell'istruttoria prefallimentare tanto da costituire "*un ausilio imprescindibile a supporto delle difficili scelte imposte al tribunale*" FIENGO C., *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, cit., 48-52. Diversa è la questione, la cui portata non può essere indagata *funditus* nella presente sede, di un uso "alternativo" dell'istruttoria prefallimentare al fine di far rientrare la decisione di attuare in via cautelare una *forma anticipata di esercizio provvisorio*: è orientato in tal senso FIMMANÒ F., *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Zanichelli ed., Bologna, 2010, 447 ss., spec. 476 ss.; *contra* AMBROSINI S., *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, cit., 528, secondo cui l'art. 104 rappresenterebbe un "*sistema in sé concluso, da cui si evincono i casi tassativi in cui può farsi luogo all'esercizio provvisorio, attribuito in via esclusiva al curatore e come tale in nessun modo configurabile prima del fallimento*".

<sup>625</sup> Assimila l'attività sostitutiva del curatore ad un'attività d'impresa vera e propria, tra gli altri, PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 92 ss.

<sup>626</sup> In questi termini, STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino ed., Bologna, 2007, 320-321.

continuità aziendale – per l’effettiva prosecuzione dell’attività d’impresa dacché l’assicurare ai soggetti che consentono tale continuazione di essere preferiti rispetto ai creditori concorsuali evita che i medesimi si rifiutino di assumere obbligazioni con l’impresa fallita ovvero di concederle, per l’appunto, nuova finanza<sup>627</sup>.

Purtuttavia, nell’ambito della gestione provvisoria di una società a partecipazione pubblica, bisognerebbe valutare l’ammissibilità dell’autofinanziamento o dell’eventuale ricorso al credito (soprattutto bancario) alla stregua delle (rigide) condizioni poste dall’art. 14 TUSPP (e ferma, in ogni caso, l’osservanza del divieto di aiuti di Stato sul quale, per ovvie ragioni, non si tornerà). Si è già rilevato che la predetta norma prevede (co. 5), per un verso, il divieto di finanziamento, in qualsiasi forma operato (con eccezione dell’aumento di capitale previsto dall’art. 2447 c.c.), delle società a partecipazione pubblica non quotate che abbiano registrato perdite per tre esercizi consecutivi<sup>628</sup> o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite, anche infrannuali; per l’altro, si consente 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 autorizzati aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito e il rilascio di garanzie a favore di tali società.

Se si conviene con l’interpretazione che della prima parte di questa norma è stata proposta in precedenza, ovvero la necessaria espulsione della società a partecipazione o controllo pubblico dal mercato ove manchino prospettive di recupero dell’equilibrio finanziario o economico, potrebbe ritenersi che essa, evitando il protrarsi, senza limiti, del finanziamento di organismi ormai decotti, finisca per tutelare gli stessi creditori<sup>629</sup>. Per converso, tra le situazioni connotate da particolare gravità ed urgenza che legittimano l’utilizzo del procedimento aggravato, disegnato dal legislatore

---

<sup>627</sup> Concordano su tale finalità della regola posta dall’art. 104, co. 8, l. fall., tra gli altri, FIENGO C., *Esercizio provvisorio dell’impresa e contratti pendenti*, cit., 70 e MANDRIOLI L., *Sub art. 104*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, tomo II, Torino, 2010, 1337 ss., spec. 1362.

<sup>628</sup> Sul punto, si tenga presente la condivisibile osservazione di RACUGNO G., *Sub art. 14*, in MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, cit., 201 ss., spec. 208: “*se nelle società a controllo pubblico continuano a trovare applicazione le norme generali del Codice Civile sulla riduzione del capitale per perdite, intervengono, nondimeno, disposizioni (speciali) più incisive ove, qualsivoglia sia l’entità, per tre esercizi consecutivi, la società abbia registrato perdite d’esercizio. Significa che anche ove queste perdite trovino contropartite in riserve, non incidendo quindi sull’entità del capitale sociale, nondimeno il mero emergere per tre esercizi consecutivi comporta per le Amministrazioni ... che controllano le società pubbliche: a) il divieto di aumenti di capitale; b) il divieto di trasferimenti straordinari; c) il divieto di aperture di credito; d) il divieto di rilascio di garanzie a favore di società partecipate*”.

<sup>629</sup> D’altro canto, il tema s’interseca con la questione della praticabilità, con riguardo all’esercizio provvisorio, delle operazioni sul capitale, segnatamente dell’aumento, nonché della relativa competenza decisionale ed attuativa; si tratta di una problematica non particolarmente esplorata nella dottrina che si è occupata dell’istituto: per la relativa trattazione si rinvia a PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell’impresa nel fallimento*, cit., 210 ss.

per salvaguardare proprio la continuità nella prestazione di *servizi di pubblico interesse* (qui latamente intesi), potrebbe farsi rientrare, anche, l'eventualità di un intervento a sostegno della continuazione dell'attività d'impresa del gestore di un servizio pubblico dichiarato fallito<sup>630</sup>.

Tale soluzione, da un lato, sembrerebbe conforme a quell'opinione che vuole tutelare per mezzo dell'esercizio provvisorio "urgente" anche istanze di carattere sociale, nel nostro caso l'interesse dell'utenza a fruire della prestazione secondo *continuità*, dall'altro parrebbe non lasciare insoddisfatti i creditori, alimentandone piuttosto le speranze di realizzo.

Invero, la disposizione di cui all'art. 14 TUSPP sembrerebbe muoversi secondo la (già segnalata) ottica di risanamento della società a partecipazione pubblica; diversa parrebbe, invece, la funzione dell'istituto per il quale se ne propone l'utilizzo. Infatti, buona parte della dottrina riconosce, ancora dopo la novella del 2006, all'esercizio provvisorio una funzione meramente liquidatoria<sup>631</sup> o conservativa in funzione liquidatoria: secondo tale ultima tesi<sup>632</sup>, mantenendo in vita quel *core business* che merita di essere conservato, si alimenterebbero le speranze di un'alienazione unitaria del complesso aziendale (ovvero di una cessione aggregata di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco) e, quindi, di un miglior realizzo della liquidazione dell'attivo.

Senonché, da parte di una dottrina che appare minoritaria<sup>633</sup> (ma di recente valorizzata, v. § 1), si è replicato che costituirebbe un dato di fatto che la conservazione del valore dell'impresa,

---

<sup>630</sup> Favorevoli a questa conclusione sono già, sotto il vigore del citato art. 6, co. 19, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, FIORANI L.E., *Società "pubbliche" e fallimento*, cit., 562-563, e CODAZZI E., *Le società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, cit.

<sup>631</sup> Questa parrebbe l'opinione di FERRI JR. G., *Le forme di esercizio dell'impresa fallita*, cit., spec. 189, quando afferma che "il legislatore muove dalla convinzione che l'interesse (dei creditori, *nda*) risulterebbe più efficacemente tutelato dalla cessazione dell'impresa che non dalla sua continuazione, finendo, coerentemente, per riservare alla prima un favore maggiore di quello accordato alla seconda"; d'altro canto, poco dopo lo stesso A. interpreta, comunque, l'esercizio provvisorio "in termini di gestione (funzionalmente liquidativa, ma pur sempre) dinamica, e non invece conservativa, vale a dire di gestione che non si limita ad evitare (ulteriori) riduzioni del valore (netto) del patrimonio fallimentare, e cioè appunto a conservarlo nella sua attuale consistenza, ma risulti piuttosto finalizzato ad aumentarlo" (corsivi dell'A.).

<sup>632</sup> In realtà, MANDRIOLI L., *Sub art. 104*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1337 (del quale si riporta, in sintesi, il pensiero nel testo) fa parola – probabilmente in senso non completamente dissimile da quello proposto dalla dottrina di cui si dice poco dopo nel testo – di un "intento oggettivo del legislatore di dar corso ad un risanamento oggettivo dell'impresa che prescindendo da quello del soggetto economico sottoposto ad esecuzione collettiva". Aderiscono, tra gli altri, alla tesi della funzione della conservazione della funzionalità dell'azienda in vista di una più proficua liquidazione unitaria: MEOLI B., *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, cit., 1046; MAFFEI ALBERTI A., *Sub art. 104*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 703; FERRO M., *Sub art. 104*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, cit., 1353 ss., spec. 1356.

<sup>633</sup> La tesi è stata sostenuta, principalmente, da FABBIO PH., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 55 ss., ma già prima v. STASI E., *L'esercizio provvisorio*, cit., spec. 857 ove ritiene che "interventi tesi ad eliminare, o quanto meno a ridurre, diseconomie e disfunzioni organizzative e/o operative in un'ottica di miglioramento del

tanto più in un contesto di crisi, può richiedere misure innovative (di riorganizzazione, ristrutturazione, riconversione e ridimensionamento) in vista, per l'appunto, di un ritrasferimento in altre mani. Seguendo sempre tale prospettiva, se si passa dal piano di fatto a quello normativo, è possibile constatare come la disciplina dell'esercizio provvisorio, e in genere del fallimento, non contenga restrizioni esplicite sul punto, anzi sarebbe attraversata da un chiaro favore per la salvaguardia dell'organizzazione produttiva, purché sia funzionale alla realizzazione dell'interesse dei creditori.

In linea generale, si è obiettato che una simile impostazione affiderebbe al curatore l'iniziativa di misure innovative o di risanamento e dall'esito negativo di un simile intervento potrebbe derivarne il rischio che, nell'inerzia degli organi della procedura, l'azienda perda valore. Effettivamente, per apprezzare la diversa funzione dell'esercizio provvisorio individuata da questa seconda opinione, occorrerebbe affrontare la questione, comunque rilevante ai nostri fini – attesa la peculiare natura del rapporto che lega il socio (pubblico) alla società affidataria del servizio –, relativa alla delimitazione dei poteri del curatore durante l'esercizio provvisorio; prima ancora, però, non avendo il legislatore operato, in punto, alcuna distinzione, è necessario soffermarsi sull'altra “variante” dell'esercizio provvisorio, il cui esame era stato, d'altro canto, differito.

### **3.2. (segue) L'esercizio provvisorio “successivo”.**

Prevede, in particolare, il secondo comma dell'art. 104 l. fall. che *“successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata”*.

---

*rapporto costi/ricavi e di incremento di valore dell'azienda fallita” non confliggano “con le istanze di tutela delle esigenze di conservazione dei complessi produttivi e di un miglior realizzo dell'attivo per un più alto soddisfacimento dei creditori che hanno ispirato l'intervento del riformatore”;* contra cfr.: FIMMANÒ F., *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, cit., 761-762, sulla base del rilievo che *“l'impresa, intesa come attività economica dell'imprenditore fallito, può essere continuata dal curatore non per risanarla ma per mantenere in vita quella organizzazione di beni e persone che ne costituisce lo strumento. L'esercizio provvisorio ad opera della curatela, nonostante l'ampliamento normativo che ne contempla le potenzialità di istituto funzionale alla valorizzazione dell'attivo, o almeno al contenimento del depauperamento dei valori aziendali, rimane nel suo complesso un fenomeno eccezionale, e meglio ancora residuale (rispetto all'affitto), estraneo per sua natura alla fisiologia dei compiti dell'ufficio fallimentare, che può essere autorizzato solo in casi particolari e nei limiti e con le garanzie previste dalla legge”* (corsivi dell'A.); FIENGO C., *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, cit., 78 e PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 4-5, la quale, tuttavia, ammette che *“è di tutta evidenza che qualora un'amministrazione coattiva particolarmente esperta e fortunata si spingesse fino alla rivitalizzazione dell'impresa fallita, mediante una sua ristrutturazione patrimoniale che obiettivamente travalica i naturali fini liquidatori, non vi sarebbe che da prendere atto con soddisfazione dell'atipico esito della procedura”*.

Uno degli interrogativi che la formulazione della norma – la quale, a differenza della previgente disciplina, prevede la sola continuazione e non anche la ripresa dell'attività economica – ha, immediatamente, suscitato riguarda la possibilità di procedere ad un'eventuale autorizzazione dell'esercizio provvisorio nella circostanza in cui quest'ultimo non sia stato precedentemente disposto dal tribunale nella sentenza dichiarativa di fallimento<sup>634</sup>. Appare, in argomento, preferibile nonché ormai prevalente l'opinione<sup>635</sup> secondo cui l'esercizio provvisorio possa essere autorizzato dal giudice delegato anche in assenza di una precedente autorizzazione in sede di declaratoria fallimentare<sup>636</sup>.

Ne discende, agevolmente, che l'esercizio provvisorio possa, almeno in via di principio, essere disposto anche successivamente alla dichiarazione di fallimento del gestore di un servizio pubblico locale, resta, però, da verificare se gli interessi tutelati dalla previsione di cui al secondo comma dell'art. 104 l. fall. siano idonei a ricomprendere interessi *ulteriori* rispetto a quelli del solo ceto creditorio.

È utile, a questo punto, dimostrare l'affermazione, fatta qualche pagina prima, in base alla quale l'interesse *pubblicistico di utile conservazione dell'impresa* risulti più sfumato nell'ipotesi dell'esercizio provvisorio disposto *successivamente* alla dichiarazione di fallimento. Tale impressione sembrerebbe trovare conferma nell'assenza, a differenza di quanto previsto dal primo comma, di ogni indicazione circa i presupposti sulla scorta dei quali il provvedimento possa essere adottato. Potrebbe, quindi, ritenersi che, a seguito della proposta del curatore, la prosecuzione dell'attività d'impresa dipenda, prevalentemente, dal parere favorevole dell'organo esponentiale del ceto creditorio<sup>637</sup>, salvo poi verificare se la successiva autorizzazione dell'organo delegato costituisca, come pure è stato sostenuto<sup>638</sup>, un atto dovuto.

---

<sup>634</sup> Risponde negativamente a tale quesito CENSONI P.F., *Custodia e amministrazione delle attività fallimentari*, in BONFATTI S., CENSONI P.F. (a cura di), *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Padova, 2007, 94.

<sup>635</sup> In tal senso risultano orientati, tra gli altri: LICONTI F., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, cit., 396; MANDRIOLI L., *Sub art. 104*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1347; MAFFEI ALBERTI A., *Sub art. 104*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 705.

<sup>636</sup> Più nel dettaglio, tale convincimento si potrebbe trarre dalla precitata Relazione illustrativa alla novella – nella quale si legge in modo piuttosto inequivoco che l'esercizio provvisorio “*può essere autorizzato o con la sentenza dichiarativa di fallimento ... ovvero con successivo provvedimento del giudice delegato*” –, nonché dal tenore letterale della norma ove si fa parola dell'autorizzazione alla *continuazione dell'esercizio dell'impresa* e non dell'esercizio provvisorio. Per tale ultimo rilievo cfr., specialmente, MEOLI B., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1171.

<sup>637</sup> Valga, in proposito, l'osservazione di BOZZA G., *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, in *Fall.*, 2014, 849 ss., spec. 859, il quale, richiamando la citata Relazione governativa al d.lgs. n. 6/2005, evidenzia che quest'ultima “*non ha colto il vero significato dell'innovazione perché mostra di non aver capito che la conservazione di una impresa funzionante e dell'integrità dei beni aziendali è, mai come in questo caso, finalizzata ad una più proficua liquidazione nell'interesse dei creditori, come del resto finisce per ammettere la stessa relazione che,*



Il punto appare piuttosto pacifico nella dottrina che si è occupata del problema: il parere del comitato sulla proposta di esercizio provvisorio vincolerebbe, il curatore, se negativo<sup>639</sup>, mentre quest'ultimo potrebbe, secondo taluno<sup>640</sup>, disattendere la delibera positiva del comitato medesimo (rinunciando a darvi esecuzione o ritardandone l'attuazione) solo per ragioni di opportunità; nonostante il vaglio positivo da parte dei creditori, il giudice delegato conserverebbe, comunque, un autonomo potere di negare l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, essendo, altrimenti, inspiegabile l'obbligo motivazionale del decreto autorizzatorio posto in capo al medesimo<sup>641</sup>.

Conseguentemente, se non sussistono particolari riserve nel ritenere che la valutazione positiva del comitato dei creditori dipenderà dalla circostanza che lo strumento non pregiudichi le loro aspettative di soddisfazione rispetto ad ipotesi alternative, rimarrebbero da chiarire le condizioni alle quali è subordinato l'intervento del giudice delegato, verificando se, nella sua valutazione, possano entrare anche interessi *diversi* da quelli dei creditori.

Secondo una tesi, infatti, nulla muterebbe tra il primo e il secondo comma dell'art. 104 l. fall. quanto agli interessi tutelati, differenti sarebbero, invece, le condizioni oggettive in presenza delle quali viene disposto l'esercizio provvisorio: dal contesto letterale del comma 2 si evincerebbe che l'iniziativa del curatore dovrebbe muovere dalla formulazione di un giudizio – condiviso dal

---

*subito dopo il passo riportato (che è quello presente sopra nel testo, nda), precisa, contraddittoriamente con quanto sopra ricordato, che la continuazione dell'esercizio dell'impresa può essere disposta dal giudice delegato, «sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne nocumento. Difatti, al fine di scongiurare tale eventualità, è stata mantenuta la previsione del parere favorevole vincolante del comitato dei creditori per l'autorizzazione alla temporanea continuazione dell'esercizio dell'impresa»*”.

<sup>638</sup> Tale opinione, rimasta isolata, è riconducibile a QUARANTA E., *La liquidazione dell'attivo*, in CELENTANO P. e FORGILLO E. (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Padova, 2008, 777 ss., spec. 782 ove si legge che “la disposizione usa, al riguardo, il termine «autorizza», quasi facendo intendere che il giudice sia vincolato a fronte del parere favorevole del cdc sulla proposta del curatore; ciò in coerenza con le attribuzioni rimaste al predetto giudicante, nei termini di cui al novellato art. 25, dirette alla sola verifica di regolarità degli atti della procedura ed al dettato di cui all'art. 31 della legge fallimentare, a proposito dell'assoggettamento del curatore al solo potere di vigilanza del giudice delegato” (corsivo e virgolettato dell'A.).

<sup>639</sup> Tale posizione è pressoché unanimemente condivisa dalla dottrina; per esempio, vi aderiscono: STASI E., *L'esercizio provvisorio*, cit., 855; PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 68, e FIMMANÒ F., *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento*, in JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 167.

<sup>640</sup> V. FABBIO PH., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 120.

<sup>641</sup> In tal senso cfr., tra gli altri, MEOLI B., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1171, il quale, a sostegno di tale soluzione, richiama il raffronto con l'art. 104 ter l. fall.: secondo l'A., “quest'ultima stabilisce che il programma di liquidazione – che pure è predisposto dal curatore e approvato dal comitato – debba non già essere autorizzato dal giudice delegato, ma a lui solamente comunicato; il che testimonia che, laddove il legislatore ha voluto limitare il peso dell'organo giudiziale a riguardo di decisioni sulla gestione della procedura, ha omissso ogni riferimento al provvedimento autorizzatorio”; PACIELLO A., *Sub art. 104*, in CAVALLINI C. (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, cit., 925 ss., e BASSI A., *L'esercizio provvisorio*, in BUONOCORE V., BASSI A. (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 317.

comitato dei creditori e confermato dal decreto motivato del giudice delegato<sup>642</sup> – avente ad oggetto l’opportunità dell’esercizio provvisorio, riferito, in special modo, “*a parametri valutativi più ampi che non quello relativo alla sola grave «dannosità»*”<sup>643</sup>.

Diversamente, nella pronuncia di merito già richiamata e in buona parte della dottrina<sup>644</sup>, si muove dall’assunto che all’esercizio provvisorio disposto “successivamente” sarebbe estraneo qualsiasi altro scopo che non sia rappresentato dalla “*massimizzazione dell’interesse alla migliore liquidazione dei beni*”; pertanto, gli organi della procedura (compreso il giudice delegato) sarebbero chiamati a valutare la convenienza della prosecuzione dell’attività economica esclusivamente ai fini di un miglior realizzo per il ceto creditorio.

Com’è agevole intuire, in assenza di un’indicazione normativa la soluzione dipende, altresì, dalla latitudine che s’intenda riconoscere ai poteri del giudice delegato in questa fase: soltanto ove si ritenga che il giudice delegato possa estendere la sua valutazione anche al merito<sup>645</sup>, potrebbe

---

<sup>642</sup> In merito, PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell’impresa nel fallimento*, cit., 65-66, osserva, peculiarmente, che “*in questa sede (art. 104, comma 2, l. fall.) la determinazione sulla continuazione dell’impresa è frutto della libera e ponderata valutazione coordinata degli organi della procedura, in punto di convenienza o non manifesta antieconomicità della prosecuzione dell’attività, quindi senza il vincolo della verifica dei più rigorosi presupposti di cui all’art. 104, comma 1, l. fall.*”.

<sup>643</sup> Così LICONTI F., *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, cit., 395-396, il quale prosegue affermando che “*naturalmente l’opportunità dovrà essere valutata in termini sia di danno emergente che di lucro cessante, tenendosi conto non soltanto delle possibilità di ottenere dei vantaggi – di qualsiasi tipo essi siano, e cioè sia vantaggi per i creditori che per i dipendenti, per i destinatari della produzione ed, in via generale, per l’economia nazionale – ma anche di tutti i costi della procedura e dei rischi cui viene esposta la massa, posto che, come si vedrà nel seguito, i crediti sorti durante l’esercizio provvisorio vengono pagati in prededuzione*” (corsivo di chi scrive). In giurisprudenza, appaiono orientate nel senso che i due modelli di esercizio provvisorio si fondino sugli stessi presupposti: Trib. Terni, 28 ottobre 2010, in *Dejure*, e Trib. Udine, 10 dicembre 2011, in *www.unijuris.it*.

In senso non completamente dissimile, SABATELLI E., *L’esercizio provvisorio dell’impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. «sociali»*, cit., 141, ritiene che “*l’unico elemento di differenziazione fra le due fattispecie sarebbe costituito dal requisito della gravità del danno, che deve necessariamente ricorrere, affinché il Tribunale possa adottare il provvedimento relativo all’esercizio provvisorio, ma non è un elemento imprescindibile al fine della valutazione dell’opportunità in ordine alla prosecuzione dell’attività, ai sensi del comma 2 della norma*” (corsivo dell’A.).

<sup>644</sup> In luogo di molti, cfr. MANDRIOLI L., *Sub art. 104*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1352, e BOZZA G., *Liquidazione dell’attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, cit., 859.

<sup>645</sup> In dottrina, ritengono che la decisione del giudice delegato debba riguardare anche il merito: AMBROSINI S., *L’amministrazione dei beni, l’esercizio provvisorio e l’affitto d’azienda*, cit., 529; PANZANI L., *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, in *www.fallimentonline.it*. In giurisprudenza, Trib. Udine, 10 dicembre 2011, cit., esplicitamente afferma che “*spetta al giudice delegato, una volta ottenuto il parere favorevole del comitato dei creditori, vagliare tanto sotto il profilo della legittimità, quanto sotto il profilo del merito la richiesta del curatore, autorizzando l’esercizio provvisorio, fissandone i limiti temporali, sulla base della relazione del curatore e del piano finanziario dettagliato, con l’illustrazione anche delle modalità relative alla conduzione dell’azienda da un punto di vista imprenditoriale*” (corsivo di chi scrive).

darsi ingresso, eventualmente, ad interessi *diversi* da quelli del solo ceto creditorio. Viceversa, se si conviene con la prospettazione<sup>646</sup> che propende per una competenza del giudice delegato limitata al controllo della regolarità formale del procedimento di formazione della volontà di addivenire all'esercizio provvisorio o alla verifica della rispondenza della soluzione prospettata rispetto alle esigenze determinate dalle contingenti condizioni in cui versa l'impresa, sembrerebbe davvero poco plausibile che l'organo delegato tenga in considerazione interessi *altri* rispetto a quelli appena detti.

Probabilmente, riconoscere al giudice delegato un ruolo tanto penetrante da sostituirsi, per certi versi, all'esame di merito operato dal comitato dei creditori per dare ingresso ad istanze sociali, tendenzialmente estranee ai creditori medesimi, appare una conclusione eccessiva, considerando, specialmente, il ridimensionamento, realizzato dalla riforma<sup>647</sup>, dei suoi poteri<sup>648</sup>.

A fronte di un simile depotenziamento sarebbe, invece, riscontrabile – venendo così al profilo lasciato, poco sopra, in sospeso – un rilievo di particolare significato attribuito alla figura del curatore. Segnatamente, nella disposizione dell'art. 104 l. fall. mancherebbero dei riferimenti che, esplicitamente o implicitamente, definiscano i poteri di tale organo durante l'esercizio provvisorio e né, si opina<sup>649</sup>, si sarebbe potuto fare altrimenti atteso il contenuto aperto e discrezionale degli atti riconducibili al compimento di un'attività imprenditoriale, qual è, come detto, la gestione provvisoria del curatore.

Ma, vi sarebbe di più: si ritiene che l'apertura della fase dell'esercizio provvisorio inciderebbe sui parametri di valutazione degli ambiti della gestione ordinaria, trasferendo entro i confini della

---

<sup>646</sup> Di questo avviso, FIENGO C., *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, cit., 60 ss.; MEOLI B., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1172; PACIELLO A., *Sub art. 104*, in CAVALLINI C. (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, cit., 926, e FABBIO PH., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 123.

<sup>647</sup> Infatti, si sottolinea (v., tra gli altri, GIUSTA M., *Sub art. 25*, in LO CASCIO G. (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Ipsoa ed., Milano, 2013, 292 ss., spec. 293) che il riformato art. 25 l. fall. determinerebbe, per quest'organo, “la perdita della direzione delle attività fallimentari ed il mantenimento del controllo sulla regolarità della procedura”, comportando che “il giudice delegato non ha più la prerogativa in ordine alla fissazione delle linee strategiche, sotto il profilo della direzione della gestione della procedura, ma deve limitarsi al controllo delle attività del curatore”.

<sup>648</sup> Sotto questo profilo, sembra condivisibile l'opinione di FIMMANÒ F., *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento*, in JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 168-169, secondo cui “deve ritenersi che il giudice possa verificare ex actis anche l'effettiva soddisfazione dell'interesse dei creditori, almeno sul piano della congruità logica degli elementi e dei supporti posti a base della proposta. In questo senso (e solo in questo senso) è, quindi, condivisibile che «il giudice delegato abbia un autonomo potere di valutazione in ordine alla legittimità ed opportunità dell'esercizio provvisorio». In buona sostanza dalla proposta del curatore deve emergere l'exkursus logico che ha determinato la stessa ed il giudice procede al controllo di questa motivazione valutando l'esattezza dei presupposti di fatto, dei fattori economico-aziendali e la congruenza logica del tutto. Si tratta in concreto di un controllo di legittimità sostanziale condotto attraverso il mero esame del merito” (virgolettato e corsivi dell'A.).

<sup>649</sup> PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 101.

stessa tutte quelle attività non strettamente conservative che, in mancanza dell'apertura di una fase di gestione attiva, assumerebbero portata straordinaria<sup>650</sup>. Non si perviene, del resto, sino al punto di “forzare” il rischio normalmente connesso ad una gestione rivolta alla salvaguardia del complesso produttivo in vista di una sua cessione in blocco, ammettendo che nell'incarico del curatore rientrano, pure, misure di risanamento dell'impresa.

Al contrario, ed in ciò potrebbe rinvenirsi una valida obiezione alla tesi che individua nell'esercizio provvisorio una funzione (anche) di risanamento, a fronte di operazioni dirette a modificare la struttura del patrimonio e ad alternarne la consistenza oppure sproporzionate rispetto alla predetta finalità della gestione provvisoria, il comitato dei creditori, una volta convocato ed informato sull'andamento della gestione alla stregua dell'art. 104, co. 3, l. fall., ben potrebbe riappropriarsi del suo potere di controllo ed espungere le istanze sociali alle quali il curatore, in virtù dei predetti (ampi) poteri, abbia, eventualmente, dato ingresso.

Sul versante dei rapporti con gli organi sociali della società fallita, i quali dovrebbero sopravvivere ma con competenze compresse<sup>651</sup>, verrebbe, invece, da chiedersi – e la questione non pare oziosa ai nostri fini – se il curatore, subentrato nella gestione provvisoria, sia vincolato ad eventuali opzioni statutarie relative ai poteri degli amministratori nell'azione della società *in bonis* (il riferimento è, per esempio, alla clausola derogativa dell'art. 2380-*bis* c.c. oppure ai particolari diritti attribuiti ai sensi dell'art. 2468, co. 3, c.c.).

---

<sup>650</sup> Su questo aspetto concordano FIENGO C., *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, cit., 78-79, e PASQUARIELLO F., *op. cit.*, 104.

<sup>651</sup> Tra gli studi che hanno approfondito gli effetti dello spossessamento sui poteri dei soci è possibile citare quelli di PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 166 ss., e GUERRERA F., *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, 1114 ss., spec. 1117. Secondo l'A. citata per prima (pagg. 174-175), “*il fallimento non interferisce con il soggetto società, che sopravvive mentre subisce la liquidazione concorsuale; altrettanto sopravvivono gli organi della società, ma con competenze compresse, in relazione ai rispettivi effetti, non già dalla clausola di «compatibilità» con la liquidazione (che la legge riferisce alla sola liquidazione ordinaria), bensì dai più severi effetti dello spossessamento fallimentare; tale spossessamento comporta che l'intera gestione del patrimonio del fallito spetti al curatore e, correlativamente, priva gli organi sociali non solo della gestione patrimoniale, ma anche della alta amministrazione della società; amministratori, liquidatori, se già nominati, soci e assemblea conservano ogni potere in relazione al patrimonio non spossessato, nonché le funzioni strumentali alla procedura stessa e le competenze che non hanno alcuna ricaduta sul piano patrimoniale, ma impattano soltanto il soggetto-società e la relativa rappresentanza nei confronti della procedura*”, concludendo in punto di esercizio provvisorio che “*la natura, la portata e gli effetti dello spossessamento fallimentare non risultano modificati nel caso particolare che per l'impresa di società fallita si disponga in corso di procedura l'esercizio provvisorio ... nessuna norma della legge fallimentare espressamente accresce il potere decisionale del curatore in questo frangente, e correlativamente nessuna disposizione di diritto societario dilata o modifica la funzionalità e le competenze degli organi della società pendente il proprio esercizio provvisorio*”.

Per quanto tecnicamente opponibili al fallimento, dovrebbe convenirsi che la gestione del curatore non sia assoggettabile a siffatti vincoli<sup>652</sup>: lo imporrebbero, in particolare, il carattere coattivo e officioso della procedura e, correlativamente, la sua attitudine a realizzare la tutela collettiva del credito, ma, soprattutto, l'irrelevanza dell'autonomo interesse del fallito anche in relazione al tema specifico dell'esercizio provvisorio<sup>653</sup>. Non si ignora, ma la problematica non appare risolvibile in questa sede (cfr., comunque, quanto si dirà *infra* a proposito dell'affitto d'azienda endofallimentare), che una simile conclusione sarebbe suscettibile di provocare una sostanziale alterazione dei connotati "tipologici" delle società pubbliche, in particolar modo di quelle domestiche.

Conclusivamente, tirando le fila del discorso, è possibile osservare che la continuazione dell'esercizio dell'impresa in via urgente appaia idonea – anche per il tramite della misura prevista dall'art. 14, co. 5, TUSPP, della quale, a questo punto, dovrebbe privilegiarsi una lettura estranea allo spirito (risanamento del soggetto affidatario di un servizio pubblico locale) di cui, per il resto, quella norma risulterebbe intrisa – a consentire la continuità aziendale del gestore e, quindi, anche la regolarità del servizio pubblico locale. Al contrario, in assenza di un siffatto provvedimento governativo, difficilmente il comitato dei creditori si mostrerebbe accondiscendente all'opzione della continuazione temporanea autorizzata *successivamente*, non potendo, se si condivide quanto detto, il giudice delegato neppure sopperirvi.

#### **4. L'affitto d'azienda e il problema della compatibilità con l'interesse alla continuità del servizio pubblico locale.**

Analogamente all'esercizio provvisorio, anche l'affitto d'azienda, definitivamente recepito nella legge fallimentare a seguito della riforma<sup>654</sup>, si pone come una misura di conservazione del

---

<sup>652</sup> In dottrina, perviene a tale conclusione, pure, PASQUARIELLO F., *op. cit.*, 101-102, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti della problematica.

<sup>653</sup> Considera l'interesse del fallito come interesse occasionalmente protetto dall'esercizio provvisorio, ammettendone la sostanziale irrilevanza, oltre all'A. citata alla nota precedente, anche FABBIO PH., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento, cit.*, 47 ss.

<sup>654</sup> Sebbene l'ipotesi di affitto dell'azienda da parte della procedura fosse del tutto ignorata dalla legge fallimentare del 1942, l'opinione prevalente in dottrina (si segnala, in luogo di molti, il contributo di RIVOLTA G.C.M., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, spec. 15 ss. ove l'A. passa in rassegna, criticandole, la tesi che "nel silenzio della legge, esclude addirittura la possibilità di affittare l'azienda", quella che "assimila l'affitto dell'azienda all'esercizio provvisorio dell'impresa, assoggettando il primo alla disciplina del secondo" e quella secondo cui "l'affitto dell'azienda – quando non abbia durata novennale – è soggetto al regime degli atti fallimentari di ordinaria amministrazione") e in giurisprudenza (v., tra le altre pronunce, Cass., sez. III, 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, 2263) propendeva, seppur con diverse sfumature (sul punto, per una sintesi si rinvia a LICONTI F., *L'affitto*

patrimonio dell'imprenditore fallito in funzione della liquidazione dei beni<sup>655</sup> con la peculiarità, però, che in questo caso il curatore trasferirebbe all'affittuario il rischio e la responsabilità della gestione dell'impresa<sup>656</sup>.

La finalità così enucleata parrebbe, in linea di principio, adeguata alla realizzazione della continuità aziendale dell'organismo produttivo e, ove si tratti del gestore di un servizio pubblico locale, a garantire la continuità del servizio medesimo consentendo, per tale via, la tutela dell'utenza. Ma, per verificare l'attendibilità di una simile affermazione occorre, innanzitutto, procedere all'esame della compatibilità tra gli interessi tutelati dall'istituto che occupa e quelli (ormai noti) che vengono in emersione nell'ipotesi dell'insolvenza del gestore di un servizio pubblico locale.

A tal uopo, sembra preferibile prendere le mosse non tanto dal primo comma dell'art. 104-bis l.fall. che descrive il procedimento necessario per addivenire all'autorizzazione dell'affitto d'azienda endofallimentare – che, per quanto in questa sede rileva, sarà esaminato *infra* –, ma dal comma secondo ove si contemplan i criteri di scelta dell'affittuario. Nella seconda parte della

---

*dell'azienda del fallito*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, cit., 417 ss.), nel senso dell'ammissibilità del contratto d'affitto d'azienda nel fallimento.

<sup>655</sup> Si tengano, in ogni caso, presenti le altre prospettazioni relativamente alla funzione dell'esercizio provvisorio (meramente liquidatoria e di risanamento) di cui *amplius sub* § 3.1.

<sup>656</sup> Concordano, tra gli altri, con tale finalità dell'affitto d'azienda disposto ai sensi dell'art. 104-bis l. fall.: SANDULLI M., *Sub art. 104-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, cit., 614 ss.; PATTI A., *L'affitto dell'azienda*, in *Fall.*, 2007, 1088 ss., che, a ragione, richiama proprio un passaggio della Relazione al d.lgs. n. 5/2006 nel quale si rileva che “*nel quadro delle nuove esigenze conservative assume una particolare importanza l'istituto dell'affitto dell'azienda, strumento ormai diffuso nella prassi e pienamente in linea con un sistema concorsuale caratterizzato da un fine non esclusivamente liquidatorio, ma indirizzato al recupero delle componenti attive dell'impresa*”; BENZI D., *L'affitto d'azienda*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1181 ss.; FERRI JR. G., *Le forme di esercizio dell'impresa fallita*, cit., 196; MANDRIOLI L., *Sub art. 104-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1368 ss.; COMERCI V., CHINAGLIA S., *Sub art. 104-bis*, in MAFFEI ALBERTI A. (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 712 ss.; FIMMANÒ F., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 191 ss., spec. 192-193.

Sull'estraneità dell'affitto d'azienda all'attività liquidatoria v. BONGIORNO G., *La liquidazione dell'attivo nel fallimento*, in FORTUNATO S., GIANNELLI G., GUERRERA F. e PERRINO M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo*, cit., 269 ss., spec. 270-271, secondo il quale “*per quanto riguarda l'affitto d'azienda si è ritenuto (erroneamente) che laddove sia previsto convenzionalmente il diritto di prelazione a favore dell'affittuario, tale clausola dovrebbe intendersi funzionalmente collegata alla vendita. Sicché, in questi casi, il contratto stipulato dal curatore ai sensi degli artt. 104 bis l. fall. e 2556 c.c., essendo diretto al successivo trasferimento dell'azienda in capo all'affittuario, dovrebbe collocarsi nella liquidazione dell'attivo. Al riguardo è agevole replicare che se il curatore concede l'azienda in affitto, ciò non sta certo a significare che intenda necessariamente venderla: i proventi dell'affitto potrebbero consentire la soddisfazione dei creditori (sia pure mediante un concordato). Da qui la forzatura di inquadrare l'affitto dell'azienda tra le attività liquidatorie; tanto più se si considera che la prelazione non è sempre prevista dal contratto*”.

norma si prevede, in particolare, che si debba tener conto “*oltre che dell’ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali*”, precisandosi: “*avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*”. In sede di interpretazione di questa parte della norma si è, condivisibilmente, osservato<sup>657</sup> che mentre l’interesse alla prosecuzione dell’attività produttiva sarebbe correlato alla possibilità di una più proficua vendita dell’azienda, la conservazione dei livelli occupazionali costituirebbe un elemento estraneo a tale finalità, legato, invece, ad esigenze di carattere sociale.

Uno degli interrogativi che la norma solleverebbe consiste, proprio, nell’individuare quale tra i criteri appena menzionati debba considerarsi prevalente e ciò sarebbe funzionale, in un secondo momento, a comprendere se nell’istituto *de quo* possano trovare cittadinanza non solo gli interessi dei lavoratori ma, in senso più ampio, le istanze sociali (nelle quali sarebbe, forse, possibile farvi rientrare, altresì, l’interesse degli utenti alla regolarità del servizio).

L’interesse del ceto creditorio e quello alla salvaguardia dell’occupazione parrebbero criteri disomogenei e, in parte, in possibile conflitto tra di loro in quanto ad una maggiore conservazione dei livelli occupazionali potrebbe, verosimilmente, far riscontro un minore importo dei canoni corrisposti<sup>658</sup>. Non casualmente, si ritiene che, fermo il limite di non arrecare danno ai creditori concorsuali, l’azienda possa essere affittata ad un canone inferiore rispetto alle diverse offerte pervenute a condizione, però, che il candidato affittuario presti maggiori garanzie in termini di conservazione dei livelli occupazionali<sup>659</sup>.

Va dato conto, al contempo, dell’opinione<sup>660</sup> che distingue, nell’ambito della ricostruzione complessiva del modello di liquidazione dell’attivo contemplato dalla novella del 2006, tra due

---

<sup>657</sup> Cfr. SANDULLI M., *Sub art. 104-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, cit., 615, il quale – ma, sul punto, si rinvia a quanto si dice poco dopo nel testo – che la conservazione dei livelli occupazionali assumerebbe “*una qualche rilevanza, se pure di carattere non primario*”.

<sup>658</sup> In tal senso, v., pure, FERRO M., *Sub art. 104-bis*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 1377 ss., spec. 1380.

<sup>659</sup> Tale posizione si riscontra, tra gli altri, in LICONTI F., *L’affitto dell’azienda del fallito*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, cit., 424; BENZI D., *L’affitto d’azienda*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1183; SCARANO A., *La sorte dei rapporti di lavoro nell’affitto d’azienda*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1197 ss., spec. 1200, e MANDRIOLI L., *Sub art. 104-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1373.

<sup>660</sup> Riconducibile a FIMMANÒ F., *L’affitto endofallimentare dell’azienda*, in JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 194-195. In realtà, tale tesi abbisogna del necessario riferimento al contributo del medesimo A. (ID., *Fallimento e circolazione dell’azienda socialmente rilevante*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2000) nel quale teorizza l’esistenza di un’impresa considerata “socialmente rilevante” in ragione del requisito numerico dei dipendenti occupati e per la quale il legislatore avrebbe introdotto un modello diretto a conservare i valori aziendali, a incentivare l’occupazione reale ed a disincentivare il ricorso agli ammortizzatori sociali.

tipologie di azienda cui corrisponderebbero alcune sostanziali differenze: quella dotata dei requisiti occupazionali di ammissione alla cassa integrazione – e definita *socialmente rilevante* – e quella sprovvista di tali requisiti. Soltanto per la prima tipologia si assisterebbe, infatti, ad una “*forma di intervento pubblico nell’economia che rappresenta un modello evoluto di socializzazione del dissesto, che non scarica i costi sulla collettività ma eventualmente, ed entro certi limiti, sui creditori dell’impresa*”<sup>661</sup>.

Inoltre, prima di riflettere sulle ricadute di una simile problematica sul tema oggetto di indagine, si deve, per un istante, rammentare che il requisito del “*mantenimento dei livelli occupazionali*” compare in un’altra disposizione già presente nel sistema: l’art. 63 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270. Tale norma è stata, a suo tempo, analizzata evidenziandone la centralità al fine della composizione del conflitto (eventuale) tra l’interesse dei creditori, quello, per l’appunto, dei lavoratori, nonché, centrale nell’ambito della procedura di amministrazione straordinaria, l’interesse generale alla conservazione del patrimonio produttivo. Si badi, però, che i criteri di scelta ivi previsti sono stati concepiti per la vendita dell’azienda, non già per l’affitto (naturalmente senza dimenticare la finalità, ora menzionata, che ispira quella procedura, v. cap. II, § 4)<sup>662</sup>.

Conseguentemente, presso gli interpreti<sup>663</sup> si sottolinea che, nel caso dell’affitto d’azienda nel fallimento, la composizione del conflitto tra esigenze liquidatorie e di salvaguardia dei posti di lavoro conoscerebbe una soluzione limitata al solo periodo di affitto, atteso che tale criterio non è più menzionato nel successivo art. 105 l. fall. relativo alla vendita<sup>664</sup>. Ancora, si sostiene che l’assenza di tale richiamo tra i criteri per la selezione del contraente a cui vendere il complesso

---

<sup>661</sup> In questo caso, l’A. citato alla nota precedente ha cura di precisare che, tuttavia, i creditori dell’impresa “*non necessariamente vengono pregiudicati dalla procedura speciale che può rivelarsi per loro anche più vantaggiosa del normale sistema di liquidazione in funzione della conservazione del plusvalore aziendale*”.

<sup>662</sup> Diversamente, secondo DI MARZIO F., voce “*Crisi d’impresa*”, in *Enc. dir., cit.*, 527, l’affitto d’azienda endofallimentare, insieme all’esercizio provvisorio e alla vendita di azienda disciplinata dall’art. 105 l.fall., si spiegherebbe “*nella concezione, accolta nella legge, della conservazione dell’impresa (ma) a fini liquidatori e nell’interesse dei creditori. Seppure, e beninteso, si tratti di nuova concezione, ampiamente determinata da scelte flessibili e improntate all’opportunità del caso concreto: concezione della conservazione detta «conservativa» e «riallocativa»*” (virgolettati dell’A).

<sup>663</sup> V., tra gli altri, AMBROSINI S., *L’amministrazione dei beni, l’esercizio provvisorio e l’affitto d’azienda*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, *cit.*, 538-540, il quale rileva che la procedura “*non è finalizzata né alla ristrutturazione dell’impresa né alla salvaguardia dei livelli occupazionali, i quali, tuttavia, possono essere temporaneamente perseguiti nella fase di gestione che precede la liquidazione nella misura in cui la loro realizzazione sia, appunto, condizione per un miglior realizzo in sede di vendita*”; FERRI JR. G., *Le forme di esercizio dell’impresa fallita*, *cit.*, 197, e FERRO M., *Sub art. 104-bis*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico- pratico*, *cit.*, 1380.

<sup>664</sup> In sede di vendita dell’azienda, l’art. 105, co. 3, l. fall. prevede, esclusivamente, la possibilità di convenire, nell’ambito delle consultazioni sindacali, “*il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell’acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*”.



aziendale fallito confermerebbe che l'espresso rinvio alla tutela dei lavoratori servirebbe unicamente a rafforzare le garanzie in ordine alla prosecuzione dell'attività d'impresa e non a tutelare direttamente i lavoratori<sup>665</sup>.

Ora, a meno che non si tratti di un'azienda *socialmente rilevante* (beninteso, sempreché si condivida una simile prospettiva<sup>666</sup>), parrebbe delinearci – non solo ai fini della scelta dell'affittuario ma nell'ambito, più generale, della disciplina dell'affitto d'azienda – un rilievo, comunque, incidentale dell'interesse dei lavoratori a mantenere il posto di lavoro. Tale (scarsa) considerazione per le istanze sociali porterebbe, dunque, ad escludere che accanto all'interesse del ceto creditorio, ed eventualmente a quello occupazionale, possa trovare ingresso la tutela di posizioni soggettive *altre* (i.e., quella degli utenti alla continuità del servizio)<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> In questi termini, PENTA A., *La Liquidazione dell'attivo fallimentare. Orientamenti giurisprudenziali, indirizzi dottrinari e soluzioni pratiche*, Padova, 2016, 477 ss., spec. 487.

<sup>666</sup> In ogni caso, preme constatare che il fautore di tale tesi (FIMMANÒ F., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 200) precisa che “l'attenzione verso il profilo occupazionale va letta sempre in chiave strumentale al mantenimento dell'efficienza dell'impresa, ed in una prospettiva volta a privilegiare le scelte reversibili rispetto a quelle irreversibili. A parità di benefici economici per i creditori, peraltro, la scelta di conservare più rapporti di lavoro può essere funzionale alla tutela del «bene azienda». Il richiamo alla conservazione dei livelli occupazionali è stato interpretato come ulteriore specificazione del fatto che oggetto del contratto sia l'azienda o un suo ramo; la continuazione dell'attività d'impresa esercitata dal fallito deve necessariamente comportare la successione dei contratti ancora ineseguiti, e quindi anche in quelli di lavoro subordinato” (virgolettato dell'A.).

<sup>667</sup> Questa conclusione non sembrerebbe condivisa da Trib. Chieti, sez. fallimentare, 10 agosto 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ove si legge che “se la liquidazione concorsuale deve porsi l'obiettivo di massimizzare l'interesse dei creditori, attraverso la maggior somma possibile da destinare al loro soddisfacimento, ciò non esclude che la gestione complessiva della procedura possa essere finalizzata al conseguimento anche di ulteriori interessi come, nel caso di specie, quello, di carattere generale, volto ad evitare l'interruzione delle prestazioni sanitarie in favore dei pazienti ricoverati presso la Casa di Cura, nonché quello dei lavoratori volto alla conservazione della struttura produttiva e dei livelli occupazionali”. D'altro canto, trattandosi di un'ipotesi di esercizio provvisorio nell'ambito del quale viene predisposta una procedura competitiva per la scelta dell'affittuario dell'azienda, non è ben chiaro se queste considerazioni siano svolte dal giudice delegato con riferimento all'affitto d'azienda endofallimentare o, come appare più probabile, all'esercizio provvisorio (non a caso, poco dopo si legge che “la tutela degli interessi da ultimo richiamati è stata posta dal Tribunale a fondamento dell'esercizio provvisorio disposto con la sentenza di fallimento, ed impone oggi di evitare la cessione o il trasferimento dell'azienda in favore di soggetti che, in ipotesi, non potrebbero concretamente esercitarla”). Sembra, invece, conforme la posizione di RAVINALE M., *Esercizio provvisorio*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo II, cit., 1823 ss., spec. 1830-1831, ove, nel raffronto con l'esercizio provvisorio, rileva come “se motivazioni diverse dal raggiungimento della migliore soddisfazione dei creditori dovesse albergare nell'esercizio provvisorio, vi sarebbe da chiedersi perché anche nel caso di cessione d'azienda la scelta del cessionario non risponda ad esigenze diverse – prima tra tutte quella di salvaguardia dell'occupazione – ma principalmente alla «maggiore soddisfazione dei creditori» la quale può financo giustificare la vendita dei beni atomistica o in blocco ... l'affitto nel suo complesso resta uno strumento che va correttamente gestito per la realizzazione dell'attivo e la cui economicità risponde alla positiva valutazione del maggior numero di fattori che comportano la salvaguardia dell'unitarietà aziendale”.

Né sembrerebbe che possa darsi luogo alla protezione di queste ultime per il tramite dell'intervento, nel procedimento autorizzativo previsto dal primo comma dell'art. 104-bis l. fall., del giudice delegato. Preliminarmente, occorrerebbe, difatti, chiarire quale sia il ruolo di quest'ultimo nell'iter procedimentale di perfezionamento dell'istituto. Secondo una tesi, la previsione del potere autorizzativo in capo al giudice delegato sarebbe da considerarsi in controtendenza rispetto alla già segnalata impostazione di fondo della riforma che ha portato ad una generalizzata diminuzione – e corrispondente aumento delle funzioni decisorie del comitato dei creditori – dell'autorità giudiziaria, la quale, in questa ipotesi, non si limiterebbe ad un controllo di legittimità della procedura, ma effettuerebbe una valutazione nel merito sull'opportunità dell'affitto<sup>668</sup>.

Agli antipodi si collocherebbe, invece, l'impostazione che riconosce al giudice delegato un ruolo del tutto marginale in quanto, sul piano operativo, si configurerebbe come un organo di mero controllo sulla regolarità delle operazioni di affitto di azienda (attraverso le informazioni che gli vengono via via fornite dallo stesso curatore così come previsto dalle disposizioni contenute nell'art. 107 l. fall.), senza tuttavia ricoprire alcun coinvolgimento diretto nella gestione di questa fase della procedura<sup>669</sup>.

Guardando a tale questione limitatamente alla possibilità che il giudice delegato, nell'autorizzare l'affitto endoconcorsuale, tenga conto dell'interesse dell'utenza alla regolarità del servizio, sembra decisiva la considerazione che tale organo della procedura moduli, prioritariamente, la sua valutazione – tanto più ove si acceda all'opinione appena riferita che consente di scendere nel merito della proposta – sull'utilità dell'affitto “*al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa*”<sup>670</sup>.

---

<sup>668</sup> L'opinione riferibile, segnatamente, a PALUCHOWSKI A., *Sub art. 104-bis*, in LO CASCIO G. (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Ipsoa ed., Milano, 2013, 1283 ss., spec. 1286, si giustificerebbe in ragione della “*convinzione intima dei redattori della riforma che nelle battute iniziali della procedura il comitato può anche non esserci, ma il giudice c'è, (in analogia con quanto avviene in caso di autorizzazione all'esercizio provvisorio prima del programma di liquidazione, ipotesi che si verifica statisticamente pressoché il 95% delle volte)*”. Nello stesso senso v., pure, AMBROSINI S., *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, cit., 538.

<sup>669</sup> In dottrina, questa è la posizione, tra gli altri, di LICONTI F., *L'affitto dell'azienda del fallito*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, cit., 424, e BENZI D., *L'affitto d'azienda*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1182.

<sup>670</sup> Non a caso, PATTI A., *L'affitto dell'azienda*, cit., 1097, qualifica la partecipazione autorizzativa del giudice delegato come “*un intervento «esterno», focalizzato sulla sola utilità dello strumento conservativo-liquidativo, nella prospettiva della più proficua alienazione, senza alcun coinvolgimento gestorio nel merito della scelta (del contraente, del contenuto del contratto, del tempo e delle modalità della sua cessazione), esclusivamente rimesse alla «discrezionalità amministrativa» del curatore, coerentemente con il nuovo assetto dei poteri gestori della procedura, di*

Resta da chiarire se un qualche rilievo alla continuità del servizio pubblico locale possa rinvenirsi nell’iniziativa – di optare per lo strumento dell’affitto d’azienda – del curatore il quale appare investito, da questo punto di vista, di un assoluto protagonismo<sup>671</sup>.

#### **4.1. (segue) Ancora sull’inammissibilità dell’affitto endoconcorsuale: il ruolo del curatore nella scelta del contraente.**

L’art. 104-*bis* l. fall. attribuirebbe, effettivamente, al curatore il compito (fondamentale) di valutare le ragioni di convenienza di un eventuale affitto d’azienda: questo non soltanto nel momento della predisposizione del programma di liquidazione ai sensi della lett. a) del secondo comma dell’art. 104-*ter* l. fall., ma anche in un momento anteriore quando il curatore medesimo ritenga di procedere rapidamente, subito dopo la dichiarazione di fallimento, senza attendere i tempi necessari per la redazione del programma di liquidazione dell’attivo fallimentare. Alla base della scelta a favore dell’affitto dovrebbe porsi, in entrambi i casi, l’esistenza di un’effettiva convenienza per i creditori concorsuali, essendo, altrimenti, impensabile che l’organo esponenziale di questi ultimi approvi il programma di liquidazione o dia parere favorevole alla proposta<sup>672</sup>.

Allora, scartata l’opzione che sia il curatore, almeno in questa fase, a poter aprire un varco per consentire l’ingresso ad interessi *diversi* da quello dei creditori, si potrebbe, in parallelo alle considerazioni svolte a proposito dell’esercizio provvisorio “urgente”, pensare che, attraverso la possibile neutralizzazione del pregiudizio nei loro confronti, questi ultimi si determinino ad esprimere parere favorevole alla proposta di affitto d’azienda o ad accettare il programma di liquidazione, realizzando pure la soddisfazione degli interessi dell’utenza.

Come detto, nella fattispecie in esame la finalità perseguita consiste nel consentire il recupero e la conservazione delle componenti attive dell’impresa seppur finalizzati ad “*una più proficua vendita dell’azienda o di parte di essa*” per cui il ceto creditorio intanto accetterebbe l’affitto d’azienda in quanto s’incrementino le prospettive di realizzo. Di conseguenza, costoro potrebbero

---

*amministrazione del patrimonio fallimentare da parte del curatore, sotto la vigilanza (ma non più la direzione) del giudice delegato (art. 31, primo comma, l. fall.)” (virgolettati dell’A.).*

<sup>671</sup> Il punto è ben segnalato, oltre che dall’A. di cui alla nota precedente, da RAVINALE M., *L’affitto d’azienda*, in GALLONE A., RAVINALE M., *L’affitto e la cessione d’azienda nella riforma fallimentare. Profili civilistici, fiscali e lavoristici*, Ipsoa ed., Milano, 2008, 13 ss., spec. 20-24.

<sup>672</sup> Quanto alla portata del parere espresso dal comitato dei creditori, FRANZI C. P., FOLESANI S. G., *L’affitto d’azienda nel fallimento*, in SANZO S. (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Zanichelli ed., Bologna, 2009, 246 ss., spec. 248, ritengono che “*il parere favorevole espresso dal comitato dei creditori non sia vincolante per il giudice delegato, che mantiene il potere di valutare negativamente la proposta, e quindi non autorizzare l’affitto, mentre nel caso del parere negativo del comitato deve ritenersi che sia preclusa la possibilità di accoglimento dell’istanza (salva la facoltà per il curatore di ripresentarla)*”.

essere propensi all'ammettere l'affitto d'azienda se tale eventualità ricorra<sup>673</sup>: in ipotesi, dunque, potrebbe accadere che, pur nella loro eterogeneità, si possa individuare un punto di contatto tra gli interessi creditorii e quelli dell'utenza.

Gli è, però, che il soggetto che versa in stato di insolvenza ed è stato dichiarato fallito presenta delle caratteristiche tipologiche (si pensi alla società *in house providing*, ma probabilmente anche alla società mista statutariamente "modellata" per permettere *il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa*) le quali appaiono – ma il punto merita di essere adesso indagato – scarsamente compatibili con l'istituto che occupa.

Nell'ammettere l'affitto d'azienda di una società pubblica dichiarata fallita il primo ostacolo che s'incontra potrebbe essere rappresentato, per l'appunto, dai penetranti poteri riconosciuti al curatore. Una volta presa l'iniziativa ed ottenuto il parere favorevole del comitato dei creditori, l'autorizzazione del giudice delegato consentirebbe a tale organo della procedura di procedere, in piena autonomia<sup>674</sup>, ad individuare l'affittuario.

Nell'ipotesi che stiamo considerando, d'altro canto, si è al cospetto di un compendio aziendale che, come detto, vede tra le sue "componenti" (necessarie) proprio il contratto di servizio<sup>675</sup> per cui non può mancare di notarsi che il curatore avrebbe, in tal modo, la possibilità di selezionare un soggetto diverso da quello con il quale la p.a. ha stipulato, inizialmente, il contratto di servizio<sup>676</sup>. Si

---

<sup>673</sup> Inoltre, la loro posizione verrebbe, comunque, tutelata per mezzo della necessaria previsione, nel contenuto minimo inderogabile del contratto d'affitto, delle "idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge": in maniera esemplificativa, è possibile pensare, secondo PATTI A., *L'affitto dell'azienda*, cit., 1091, alle garanzie relative "alla corresponsione dei canoni, alla conservazione dei valori aziendali, anche immateriali, all'adeguata manutenzione delle attrezzature, dei macchinari, degli eventuali immobili ed al mantenimento delle normali dotazioni di merci e scorte".

<sup>674</sup> Così RAVINALE M., *L'affitto d'azienda*, in GALLONE A., RAVINALE M., *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare. Profili civilistici, fiscali e lavoristici*, cit., 62.

<sup>675</sup> Infatti, si è già detto, a tal proposito, che l'insolvenza potrebbe reputarsi quale giusta causa di recesso da parte dell'ente affidante e, benché tale opzione sia difficilmente praticabile, lo stesso potrebbe fare il curatore. In ogni caso, qualora ciò si verificasse, saremmo al di fuori del perimetro della ricerca in quanto verrebbe a mancare una componente essenziale (per la continuità del servizio) del compendio aziendale. In generale, sull'applicabilità dell'art. 2558 c.c. all'affitto durante il fallimento v. RAVINALE M., *L'affitto d'azienda*, in GALLONE A., RAVINALE M., *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare. Profili civilistici, fiscali e lavoristici*, cit., 112, e, in precedenza, CENSONI P. F., *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. comm.*, 2003, 333 ss., spec. 336).

<sup>676</sup> Contrariamente a quanto sostenuto, va segnalata l'opinione di CUOCO M., *La gestione della crisi di una società in house*, cit., secondo cui, nel caso di società *in house providing*, il curatore potrebbe sostituire all'originario affidatario quello risultante all'esito della procedura di gara per la liquidazione del complesso aziendale analogamente ad altre fattispecie presenti nell'attuale quadro normativo nelle quali, nel concreto articolarsi del rapporto, succederebbe un altro operatore economico diverso dal primo. L'A. fa l'esempio della sostituzione disciplinata dall'art. 175 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 cit.: questa norma, pur se settoriale, sarebbe "espressione di una generale irrilevanza soggettiva dell'affidatario, purché nei limiti in cui la diversità soggettiva non comprometta l'interesse pubblico e, quindi,

potrebbe, ragionevolmente, obiettare che nell'affitto endoconcorsuale il secondo comma dell'art. 104-bis l. fall., nella sua prima parte, prevede che *“la scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore a norma dell'articolo 107, sulla base di stima, assicurando con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati”*.

Si tratterebbe, in altri termini, di una procedura dotata, senz'altro, di pubblicità che, come emerge dal tenore letterale della norma, dovrà essere adeguata e non massima<sup>677</sup> e, poi, competitiva anche se, si ritiene, che al confronto competitivo si debba ricorrere soltanto nel caso in cui le circostanze, la natura dell'azienda e l'interesse manifestato dalla generalità degli operatori lo giustificano<sup>678</sup>. Ma, l'impressione è di essere ben lungi dalle modalità di affidamento della gestione di un servizio pubblico locale delineate dall'art. 7 dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale: ciò per la risolutiva considerazione che un organo della procedura (il curatore) si sostituirebbe all'autonomia, legislativamente riconosciuta, dell'ente territoriale individuando modalità e caratteristiche della gestione del servizio medesimo<sup>679</sup>.

---

*garantisca comunque il possesso dei requisiti di qualificazione adeguati alla prestazione ancora da eseguire”*. In aggiunta a quanto già rilevato *sub* § 1, sia consentito osservare che si tratterebbe di una forzatura interpretativa consistente nell'estendere una norma, per l'appunto, di carattere settoriale (quindi, difficilmente qualificabile quale espressione di un principio di carattere generale) ad un settore (espressamente) escluso dall'applicazione del d.lgs. n. 50/2016.

<sup>677</sup> L'aggettivo “massima” è, infatti, collegato alla *“informazione e partecipazione degli interessati”*: se l'adeguatezza della pubblicità mirerebbe ad ampliare la pletora dei soggetti potenzialmente interessati, l'ampiezza dell'informazione sarebbe strumentale a fornire quelle informazioni (relative a clientela, modalità di produzione, *know how*, precedenti *business plan*) che altrimenti non sarebbero oggetto di diffusione. La procedura competitiva per l'individuazione dell'affidatario della gestione di un servizio pubblico locale di interesse economico generale rappresenta, invece, l'esito di un più complesso *iter* che impone la pubblicità (posta, probabilmente, sullo stesso piano dell'informazione) solo nel momento in cui la p.a. abbia optato, a monte, per la concorrenza nel mercato (v. *amplius* cap. I, parte I). Donde la difficoltà di ritenere assimilabili la procedura di scelta dell'affittuario effettuata dal curatore e quella realizzata dall'ente affidatario del servizio. Seppur emesso con riferimento al problema dell'applicabilità del Codice dei contratti pubblici, appare d'interesse, sotto questo profilo, il parere dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 55 del 30 settembre 2014 nel quale si legge che *“la procedura di gara indetta dal curatore fallimentare per la vendita, al migliore offerente, di un complesso aziendale in fallimento conserva natura privatistica ed è soggetta unicamente alle regole della legge fallimentare e non a quelle del codice dei contratti. Né rileva la circostanza che l'azienda posta in vendita operi quale concessionario di servizio pubblico in quanto il procedimento de quo non è volto all'aggiudicazione di una concessione”*.

<sup>678</sup> Ne conseguirebbe che, ove debitamente informato il pubblico degli operatori, non si presenti che un solo soggetto interessato, il curatore non sarebbe obbligato a sottostare a procedure di gara: così RAVINALE M., *L'affitto d'azienda*, in GALLONE A., RAVINALE M., *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare. Profili civilistici, fiscali e laboristici, cit.*, 63.

<sup>679</sup> Su un piano più generale (e nel mutato contesto normativo), esprime qualche perplessità, pure, D'ATTORRE G., *La crisi nelle società a partecipazione pubblica*, in FIMMANÒ F. – CATRICALÀ A., *Le società pubbliche, cit.*, 678, il quale ritiene che *“il fallimento delle società a partecipazione pubblica necessarie, in questo modo, diventa uno strumento per «caricare» sull'autorità giudiziaria scelte (anche dolorose) in ordine alla prosecuzione o meno dello svolgimento del*

Non solo, si faccia l'ipotesi, avanzata qualche riga più innanzi, che l'ente societario affidatario della gestione del servizio sia una società domestica e, quindi, il relativo affidamento abbia avuto luogo in ragione delle caratteristiche di quella modalità di gestione del servizio, ovvero partecipazione pubblica totalitaria (o quasi ove vi sia la presenza di un socio privato), controllo analogo e dedizione dell'attività all'ente: il controllo del socio pubblico subirebbe, certamente, una attenuazione di non poco momento. A ciò potrebbe aggiungersi la circostanza, ricorrente prevedibilmente nella più parte dei casi, che la realizzazione del controllo analogo sia stata assicurata dalla previsione in via statutaria della deroga all'art. 2380-*bis* c.c.

In quest'ultimo caso, specularmente al discorso affrontato a proposito dell'esercizio provvisorio, potrebbe essere utile interrogarsi circa la sopravvivenza di simili clausole statutarie: in quell'occasione si è pervenuti, seppur dubitativamente, ad una soluzione negativa e sembrerebbe che, *a fortiori*, un'analogha conclusione varrebbe in questo caso, dovendosene, diversamente, predicare l'opponibilità non più al solo curatore ma, finanche, al terzo che si renda affittuario dell'azienda del gestore di un servizio pubblico locale.

V'è, poi, un'altra ragione che sembrerebbe confortare nel senso ora enucleato. Nel caso in cui si ammettesse, contrariamente a quanto poc'anzi sostenuto, che il curatore possa procedere, mediante l'esperimento della procedura competitiva, all'individuazione dell'affittuario destinato a subentrare nella posizione dell'originario affidatario (dichiarato fallito), si dovrebbe, conseguentemente, sostenere che il curatore, senza particolari oneri motivazionali, possa, in seguito, recedere unilateralmente dal contratto d'affitto d'azienda endofallimentare. Tale diritto – rientrando nel contenuto inderogabile del contratto medesimo<sup>680</sup> e da esercitarsi previa consultazione del comitato dei creditori e dietro corresponsione di un "giusto indennizzo" – sembrerebbe limitare notevolmente l'autonomia della p.a. comportando una completa e definitiva sostituzione del curatore nelle scelte di spettanza (esclusiva) di quest'ultima.

Invero, allo stesso risultato di negare l'ammissibilità dell'affitto d'azienda nel caso di fallimento del gestore di un servizio pubblico locale è pervenuta anche la dottrina che, già prima

---

*servizio pubblico, alla modalità della gestione ed al trattamento dei lavoratori dipendenti; scelte che, in una ordinaria ripartizione dei rispettivi poteri e compiti, competerebbero all'autorità amministrativa"* (virgolettato dell'A.).

<sup>680</sup> Rientra, tra le clausole inderogabili, pure il diritto d'ispezione, vale a dire "il diritto riconosciuto al curatore di verificare periodicamente la buona amministrazione da parte dell'affittuario dell'azienda fallita al fine di prevenire il depauperamento dell'azienda, sia quale diminuzione o, addirittura, perdita dell'avviamento, oppure quale uso improprio dei macchinari o danneggiamento degli stessi" (in questi termini, BENZI D., *L'affitto d'azienda*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1184): è possibile rinvenire nella clausola che regolamenti gli accessi e le verifiche periodiche da parte della curatela un ulteriore sintomo della supplenza di quest'ultima in un'attività tipica del socio/i pubblico/i.

della recente sopravvenienza legislativa, ha ritenuto fallibili le società pubbliche; diverso sembrerebbe, però, il percorso argomentativo intrapreso.

Più nel dettaglio, dalla previsione di cui all'art. 10 del d.p.r. n. 168/2010 cit. (ormai non più vigente ma parzialmente trasfusa nell'art. 11 dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali) si argomenta che il legislatore avrebbe voluto preservare *“l'integrità del complesso di beni e dotazioni necessari alla prosecuzione del servizio, che non vengono acquisiti alla procedura concorsuale, ma permangono a destinazione della gestione dello stesso da parte del gestore subentrante”*<sup>681</sup>. Ne discenderebbe che l'affitto di azienda disposto *ex art.104-bis* l. fall. non sarebbe applicabile, partitamente, alle società *in house* in quanto atto di disposizione dei beni pubblici spettante all'ente pubblico e non agli organi fallimentari<sup>682</sup>.

Una simile conclusione tiene, presumibilmente, conto dei risultati, pressoché pacifici<sup>683</sup>, ai quali la dottrina è giunta relativamente ai poteri dell'affittuario sui beni aziendali. Se in capo al locatore permarrrebbe la proprietà formale di quei beni – così come di quelli immessi dall'affittuario nell'azienda, a meno che una specifica clausola contrattuale non abbia disposto diversamente –, sarebbe la natura stessa del *diritto personale di godimento a fini produttivi*<sup>684</sup> attribuito all'affittuario medesimo a postulare la necessaria previsione, accanto al potere di trarre direttamente dai beni che compongono il complesso aziendale le utilità relative a tale gestione, anche del potere di disposizione dei beni stessi, purché tale disposizione occorra per mantenere adeguata la produttività dell'azienda<sup>685</sup>.

Nella prospettiva, da noi intrapresa, nello studio della natura dei beni che l'ente locale pone “a disposizione” del gestore al fine dell'espletamento del servizio oggetto dell'affidamento (v. cap. II,

---

<sup>681</sup> Così SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 324; soluzione cui aderisce, sostanzialmente, FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento*, cit., 559.

<sup>682</sup> Il riferimento è, in special modo, a VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., 202.

<sup>683</sup> Oltre ai contributi citati nelle note immediatamente successive, nel senso di cui nel testo: FERRARI G., voce *“Azienda (dir. priv.)”*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 680 ss., spec. 739; RIVOLTA G.C.M., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, cit., 38-39; COLOMBO G.E., *L'azienda*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Padova, 1979, 1 ss., spec. 288-289; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato, Impresa e lavoro*, tomo IV, Torino, 1983, 3 ss., spec. 7 ss.; LICCARDO P., *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda affittata*, in *Fall.*, 1997, 661 ss., spec. 665 ss., e CENSONI P. F., *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, cit., 341-342 e nt. 22.

<sup>684</sup> Tale natura del diritto che l'affittuario avrebbe sul complesso aziendale viene individuata da VISALLI N., *Locazione d'immobile ed affitto d'azienda. Contributo allo studio della teoria giuridica dell'azienda*, Jovene ed., Napoli, 1969, 135.

<sup>685</sup> In questi termini, MIRABELLI G., *La locazione*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VII, Torino, 1972, 324 ss.

§ 5), occorrerebbe, d'altro canto, operare una distinzione tra quei beni (“*le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali destinati alla produzione del servizio*”) assegnati in sede di affidamento o del servizio o della gestione delle reti dagli “*enti competenti all’organizzazione del servizio*” e i beni *conferiti* nelle società, all’uopo, costituite o all’affidatario del servizio.

Si potrebbe, infatti, ritenere che, permanendo la natura demaniale (o l’appartenenza al patrimonio indisponibile) dei primi, questi non potrebbero essere fatti oggetto di un atto di disposizione da parte dell’affittuario atteso il vincolo di destinazione su di essi impresso; ma, probabilmente, un discorso analogo dovrebbe farsi pure per i beni *conferiti* alle società delle reti o all’affidatario del servizio. Nel caso in cui si ammettesse l’affitto d’azienda endoconcorsuale del gestore di un servizio pubblico locale – il che, lo si ribadisce, appare poco praticabile alla luce delle superiori considerazioni –, pure rispetto a questi beni, seguendo il ragionamento svolto nelle pagine precedenti (cfr., ancora, cap. II, § 5), sarebbe necessario garantire la destinazione delle utilità da essi ricavabili alla produzione di un servizio pubblico locale (e, correlativamente, alla garanzia della continuità del servizio medesimo). Sarebbe, conseguentemente, inimmaginabile la configurabilità di un potere di disposizione da parte dell’affittuario su siffatti beni, comunque facenti parte del compendio aziendale, per la realizzazione di fini diversi.



## CAPITOLO IV RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Attesa l'esplicita declaratoria di fallibilità delle società pubbliche, contenuta nel Testo unico in materia di società partecipate, si potrebbe ritenere che queste ultime abbiano, definitivamente, assunto natura privatistica e che le discussioni su detto profilo possano, notevolmente, affievolirsi, salvo continuare a ragionare – come si è cercato di fare nella presente trattazione – di alcuni possibili aggiustamenti da apportare alla disciplina di diritto comune<sup>686</sup>.

A tal proposito, leggendo il testo unico in materia di società partecipate (unitamente allo schema di quello in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale), si ha come l'impressione – riprendendo quanto già osservato in precedenza – che l'eterno dibattersi tra Stato e mercato, *rectius* se il diritto debba governare l'economia o l'economia detti le regole al diritto, possa aver trovato una sistemazione o, comunque, un assetto stabile.

In passato, difatti, il diritto è parso cedere il passo all'economia – come attesta l'adozione di criteri di economicità che viepiù sono stati imposti alle società e agli enti gravitanti nell'orbita delle partecipazioni statali – prevalendo l'esigenza di adeguare la prestazione dei servizi alla natura imprenditoriale degli stessi. Più di recente e al contrario, il diritto pare riprendersi i propri spazi rivendicando l'assoggettamento degli operatori pubblici alle stesse regole alle quali soggiacciono quelli privati. Tutto ciò, com'è ormai noto, in nome di una regola, il mercato concorrenziale, che, non si comprende bene, se si trovi in natura o sia stato creato dall'uomo, per essere più precisi, dal giurista.

Infatti, la preoccupazione è sempre stata quella di non alterare le regole del gioco a vantaggio del soggetto pubblico che, utilizzando la semantica della teoria dei giochi, parte già con un vantaggio competitivo di non poco momento: quello di dettare le regole del gioco stesso. *Quid iuris?* La soluzione più semplice è parsa quella di imbrigliare, in prosieguo di tempo, i pubblici

---

<sup>686</sup> Naturalmente, a meno che non si tratti di società che, *ex auctoritate principis*, vengano escluse dall'ambito di applicazione del diritto societario ed assoggettate ad una disciplina *ad hoc*. Il riferimento è, segnatamente, a quelle disposizioni del T.u. in materia di società a partecipazione pubblica che prevedono o che restino ferme “*le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse*” (così l'art. 1, co. 4, lett. a) o la disapplicazione, *totale o parziale*, dell'art. 4, contenente, tra l'altro, la previsione del vincolo di scopo (ciò, ai sensi dell'art. 4, co. 9, dovrebbe aver luogo con riguardo a *singole società a partecipazione pubblica* e “*con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante*”, il quale dovrà essere “*motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta*”). A tale ultimo proposito, non va pretermesso che l'allegato A del TUSPP contiene un elenco di società alle quali non risulta applicabile proprio l'art. 4 (cfr. art. 26, co. 2).

poteri negli schemi propri o, se si preferisce, creati per i privati. Ciò è dimostrato, per l'appunto, dall'estensione delle norme del codice civile alle società pubbliche e, solo di recente, dalla previsione che quelle inefficienti debbano essere espulse dal mercato. Probabilmente (ma di questo pure si è detto), proprio l'efficienza – e quindi l'economia – certifica che i modelli societari sono più adeguati di quelli pubblicistici, fonte di sprechi e particolarismi.

Tuttavia, ed è questo uno degli interrogativi centrali che ha animato il presente lavoro, è d'obbligo domandarsi se con le norme – che il legislatore ha, da qualche mese, approvato – possa ritenersi di essere al cospetto di una definitiva affermazione dei modelli apprestati dal diritto societario.

Prendendo le mosse dalla società *in house providing*, si è notato come, dall'originario assetto delineato dalla sentenza *Teckal*, l'odierno legislatore – per tale intendendo sia quello del nuovo codice dei contratti pubblici sia quello del T.u. partecipate – sia pervenuto, per effetto delle note direttive dell'Unione europea, ad ammettere la partecipazione dei privati all'interno del capitale della medesima società. Si tratta di un *revirement* di non poco momento: si taciterebbe, per tale via, uno degli argomenti addotti a sostegno della natura pubblicistica della società domestica, ovvero l'impossibilità della coabitazione tra interesse pubblico e scopo lucrativo<sup>687</sup>. Infatti, non si vedrebbe altra ragione dell'ingresso del socio privato nella compagine sociale se non quella di ricavare un lucro, in special modo dalla rendita di posizione (monopolistica) di cui gode la società affidataria in via diretta della gestione di un servizio pubblico locale.

Al contempo, tuttavia, l'interprete non può restare impassibile di fronte alla pluralità di deroghe al diritto comune introdotte dal recente Testo unico. Esse sono state oggetto, seppur nei limiti rivenienti dalle finalità della presente ricerca, di analisi nei capitoli precedenti e mette conto, in questa sede, citare le più rilevanti.

La nostra attenzione è stata, partitamente, attirata dalla possibilità di prevedere, all'interno dello statuto, una clausola derogatoria alla regola della competenza gestoria posta, com'è noto, esclusivamente in capo agli amministratori di società azionaria. Così facendo, si è cercato di rimuovere un ostacolo – considerato, in passato, insormontabile – al fine di realizzare il controllo analogo, consentendo, quindi, al socio pubblico (o ai soci pubblici) di sindacare le scelte degli amministratori indirizzandone, perlomeno, le linee strategiche. L'inserimento di una siffatta

---

<sup>687</sup> Tracce di tale tendenza si rinvergono, altresì, nella recente pronuncia Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196 in *Dejure* ove così si legge: “*se è vero che l'ente pubblico in linea di principio può partecipare alla società soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse (secondo norme e vincoli resi più stringenti dal d. lgs. n. 175 del 2016), una volta che comunque la società sia stata costituita, l'interesse che fa capo al socio pubblico si configura come di rilievo esclusivamente extrasociale, con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica*”.

clausola non è, come visto, immune da conseguenze sul piano non solo della responsabilità (da *mala gestio*) degli stessi amministratori, ma dello stesso atteggiarsi della disciplina di diritto fallimentare.

Tale profilo verrà ripreso tra breve. Per il momento, preme constatare che, come si è rilevato in dottrina<sup>688</sup>, una simile compenetrazione tra gestione e proprietà, essendo già riscontrabile nel modello dell'azienda speciale, potrebbe condurre ad una rivitalizzazione di quest'ultima. Effettivamente, e più a monte, tra l'azienda speciale con personalità giuridica e il tipo della società per azioni non sarebbe rilevabile una differenza considerevole sotto il profilo dell'articolazione del potere.

V'è, però, che, ove si optasse per lo schema dell'azienda speciale, saremmo al di fuori del mercato e della concorrenza. Pertanto, se si riconoscesse all'amministrazione la facoltà di istituire monopoli nella produzione di determinati beni e servizi, si determinerebbe l'effetto di devolvere, ove questo tipo di scelta fosse realizzata senza limitazioni, alcuni (remunerativi) settori dell'economia agli enti locali e allo Stato, con uno stravolgimento del modello economico al quale il costituente parrebbe essersi ispirato. Sul punto, d'altro canto, si è evidenziato come non vi sia uniformità di vedute e che la creazione di un mercato concorrenziale nel settore dei servizi pubblici locali sia piuttosto una conseguenza dell'adesione dell'ordinamento nazionale a quello europeo.

È singolare, tuttavia, che, nel passaggio dal diritto interno a quello sovranazionale, il discorso non sembri mutare: si avrebbe, comunque, il riconoscimento (per le pubbliche amministrazioni) della possibilità di autoprodurre attraverso non già un ente denominato azienda speciale ma società *in house providing*. In sostanza, si tratterebbe, esclusivamente, di un mutamento di *nomen iuris*.

Probabilmente, la differenza risiede, invece, nella circostanza che nella storia nazionale della gestione dei servizi pubblici l'azienda speciale ha rappresentato (insieme all'ente pubblico economico) la sola opzione utilizzabile in un contesto monopolistico. Attualmente, la società domestica e l'azienda speciale divengono *alcuni* degli strumenti adoperabili quando la pubblica amministrazione decide di (auto)produrre beni o servizi ma, viceversa, in un orizzonte tendenzialmente competitivo. Di conseguenza, questi ultimi modelli dovrebbero utilizzarsi, secondo la ricostruzione qui accolta, soltanto in via d'eccezione.

È, dunque, la concorrenza che giustifica sia l'adozione di un modello considerato più efficiente sia, parallelamente, le deroghe al diritto societario per consentire alla p.a. di intervenire, in via esclusiva, nell'attività economica: se ricorre il controllo analogo a quello esercitato sui propri

---

<sup>688</sup> CASTELLANO M., *Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione, Relazione al Convegno "Le "nuove" società partecipate e in house providing alla luce dei testi unici su società partecipate e servizi pubblici locali"*, Bari, 21 e 22 ottobre 2016.

servizi e la dedizione dell'attività in via prevalente nei confronti dell'ente (mentre la proprietà pubblica totalitaria non pare più costituire un requisito legittimante), allora l'ente (societario) potrà agire senza ricorrere all'esterno.

Insomma, nella transizione dal diritto nazionale a quello europeo muta l'orizzonte di riferimento, il mercato concorrenziale, ma il minimo comune denominatore per consentire l'autoproduzione resta, sempre ed ancora una volta, la necessaria compenetrazione tra gli organi dell'ente tanto da far ritenere che sia la stessa p.a., o *qualcosa di analogo*, ad agire. Stante, però, l'adozione di un modello di diritto societario, sarebbe preferibile non continuare a ragionare del controllo analogo in termini, per l'appunto, metaforici ma, al contrario, occorrerebbe proporre una lettura conforme a quella branca del diritto. È stato, così, avanzato un accostamento al fenomeno della direzione unitaria anche se il punto non costituisce un'acquisizione consolidata finanche fra gli studiosi del diritto commerciale<sup>689</sup>.

Nondimeno, ed in ciò consiste la (probabile) risposta al quesito posto innanzi, l'incompleta riconducibilità al diritto societario, in ragione delle predette deroghe, è apparsa tale non tanto da trasfigurare il tipo ma, quantomeno, da dimidiarne la portata. Forte è stata, invero, la tentazione di ricondurre il modello della società *in house* entro un tipo dotato di specialità, ma si è ritenuto, per converso, di confrontarsi non già con interrogativi tipologici ma di procedere saggiando, volta a volta, il livello di compatibilità proprio con il diritto comune. La constatazione di queste conclusioni la si rinverrebbe passando a considerare l'assoggettamento al fallimento e alle altre procedure concorsuali della società di autoproduzione.

Del resto, prima di procedervi, appare necessario puntualizzare la prospettiva dalla quale si è mosso: la verifica della fallibilità delle società pubbliche, segnatamente *in house*, è stata volta non solo a respingere quelle tesi (riqualificatorie e funzionali) che escludevano tale esito, ma soprattutto ad individuare quegli strumenti (endofallimentari e concordatari) utili a garantire la continuità del servizio e, quindi, la tutela dell'utenza.

Come si è cercato di dimostrare, la regolarità del servizio pubblico locale costituisce un obbligo che incombe sul gestore del servizio medesimo atteso che, qualora la stessa non fosse garantita, il cittadino, nella veste di utente, si vedrebbe conculcato nell'esercizio di un diritto fondamentale. È sembrato necessario, tuttavia, volgere lo sguardo, dapprima, verso la posizione (giuridica) che l'utente verrebbe ad assumere normalmente, *rectius* quando il gestore riesce a

---

<sup>689</sup> Da ultimo, per la non riconducibilità del controllo analogo all'attività di direzione e coordinamento, fra i più autorevoli, v. ANGELICI C., *Tipicità e specialità delle società pubbliche, Relazione al Convegno "Le "nuove" società partecipate e in house providing alla luce dei testi unici su società partecipate e servizi pubblici locali"*, Bari, 21 e 22 ottobre 2016.

garantire che il servizio funzioni regolarmente, per passare successivamente ad inquadrare il rilievo di tale situazione soggettiva in caso di crisi o di insolvenza dello stesso gestore.

Svariati spunti sono stati offerti dallo studio dello schema di T.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, ma è stato il confronto con altri settori dell'ordinamento (quello penale e sindacale) a permettere di comprendere che, a differenza del diritto straniero (specialmente francese), non sarebbe possibile teorizzare un vero e proprio diritto soggettivo alla continuità del servizio pubblico locale, essendo, al contrario, ravvisabili numerosi indizi (normativi) nella direzione di un (più generico) diritto dell'utente alla prestazione del servizio secondo standard di qualità ed efficienza.

Così configurata la posizione dell'utente e risolto, anche per via legislativa, l'interrogativo relativo alla fallibilità delle società pubbliche si è proceduto, come si anticipava, ad esaminare il precipitato di questo ragionamento in punto di (possibili) accomodamenti della disciplina di diritto comune.

Non va, in questa sede, sottaciuto che il confronto con il diritto fallimentare ha tenuto conto, altresì, delle società a partecipazione mista pubblico-privata che costituiscono un'altra propaggine dell'intervento pubblico nel settore dei servizi pubblici locali. Sul punto, si è osservato come l'interprete debba, ineludibilmente, guardare anche alle regole, dettate dal nuovo codice dei contratti pubblici, concernenti le procedure di affidamento nel caso di fallimento dell'esecutore (negli appalti) e la modifica (soggettiva) dei contratti durante il periodo di durata della concessione. La lettura combinata del d.lgs. n. 50/2016 e del T.u. partecipate ha permesso di enucleare due modelli di società mista: una vocata al mercato e assoggetta al diritto dei contratti pubblici, ivi incluse le norme appena richiamate, ed un'altra destinata, invece, ad agire solo nei confronti della p.a. (socia) e quindi strumentale.

Sembrerebbe – ma si tratta di una riflessione in punta di penna – che il legislatore, estendendo le norme del nuovo codice dei contratti pubblici volte alla salvaguardia dell'organismo produttivo alle prime, abbia inteso, invece, differenziare le seconde non operanti nel mercato e come tali destinate, in caso di esito negativo dell'intrapresa, a subire effetti estintivi. Sotto tale aspetto, queste ultime si avvicinerrebbero non poco alle società di autoproduzione pure, espressamente, escluse dall'applicazione della recente sopravvenienza legislativa. Parrebbe, dunque, che le une e le altre siano destinate alla liquidazione (nell'accezione della riforma Rordorf) piuttosto che al salvataggio con conseguente pregiudizio alla garanzia della continuità del servizio.

Questo esito sarebbe, d'altro canto, contraddetto dalla possibilità di utilizzare alcuni strumenti già predisposti dal diritto fallimentare: il concordato preventivo con continuità aziendale e l'esercizio provvisorio i quali appaiono, comunque, in grado di offrire qualche prospettiva di

mantenimento in vita della continuità aziendale. Anzi, nella società *a controllo pubblico* (quindi anche *in house*) l'obbligatorietà dell'adozione di meccanismi di rilevazione precoce della crisi dovrebbe consentire il ricorso a *piani di risanamento* e di *ristrutturazione aziendale* che potrebbero, addirittura, evitare di ricorrere a quelli di diritto fallimentare.

Si è detto, parimenti, che le lenti da inforcare per guardare agli strumenti predisposti dall'art. 14 del TUSPP dovrebbero essere quelle del risanamento, non già quelle della tutela degli interessi creditorii. Ciononostante, l'obiettivo del risanamento non dovrebbe, come in passato è accaduto, essere perseguito ad ogni costo: il legislatore, pur ritenendo applicabile la normativa in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, tenta di perseguire gli equilibri di bilancio attraverso limitazioni al finanziamento delle società partecipate in crisi o insolventi.

Risulta chiaro che i predetti vincoli di bilancio potrebbero influire, e non poco, sulla possibilità, da parte dell'ente locale (socio), di finanziare la società e nel caso in cui si acceda alla procedura concordataria e in quello dell'esercizio provvisorio (urgente). Inoltre, si dovrebbe valutare, trattandosi di un vantaggio competitivo sulle altre imprese eventualmente operanti in quel mercato, la loro compatibilità con la disciplina in punto di aiuti di Stato alle imprese in crisi.

Ma, probabilmente, le difficoltà (interpretative) maggiori si rinvergono quando si passa ad esaminare la compatibilità di siffatti istituti con l'obbligo di continuità del servizio gravante sulle nostre società. L'individuazione di un (possibile) momento di sintesi tra interesse dei creditori e interesse dell'utenza alla regolarità del servizio pare aver sortito un qualche risultato.

Invero, il fallimento e le altre procedure concorsuali considerate, pur con diverse sfumature, mirano a realizzare, utilizzando la formula del legislatore, il *miglior soddisfacimento dei creditori* che parrebbe, con tutta evidenza, eterogeneo rispetto a quello dell'utenza. Eppure, da un lato, l'esercizio provvisorio c.d. urgente, destinato a tutelare, allo stesso modo, interessi *altri* rispetto a quelli dei soli creditori, dall'altro, il concordato con continuità aziendale, diretto ad assicurare la permanenza in attività dell'organismo produttivo, non parrebbero così lontani dal perseguimento di obiettivi di continuità del servizio.

Certamente, è stata evidenziata la difficoltà di conciliare la continuità aziendale c.d. indiretta con le peculiarità delle società (pubbliche) gestrici di un servizio pubblico locale, ma ciò è maggiormente visibile quando si è tentato di individuare, per dir così, un varco per consentire l'ingresso dell'interesse dell'utenza nel caso dell'affitto d'azienda endoconcorsuale.

Tale procedura risulterebbe, eminentemente, diretta a perseguire la continuità aziendale al fine di una migliore liquidazione del compendio aziendale medesimo a tal punto che anche (eventuali) istanze sociali (segnatamente il mantenimento dei livelli occupazionali) sarebbero perseguibili solo

in via subordinata rispetto a tale prioritario obiettivo. Come si anticipava, tuttavia, in quest'ipotesi, nell'eventualità si consentisse l'apertura all'interesse degli utenti, gli ostacoli alla sua utilizzabilità si rinverrebbero nell'ampia autonomia riconosciuta al curatore che sembrerebbe scontrarsi con i tratti tipologici, partitamente, della società *in house providing*.

Insomma, e in termini più generali, la stipula del contratto di servizio (parte essenziale del compendio aziendale) in forza delle caratteristiche soggettive dell'ente, gli obblighi di servizio pubblico (ivi compreso quello alla continuità), la probabile presenza di clausole derogatorie rispetto alla disciplina di diritto societario e la natura funzionalmente vincolata dei beni posti a disposizione dall'ente locale parrebbero allontanare dal tipo societario secondo il modello organizzativo legislativamente imposto.

Ancora. Il diritto parrebbe riprendersi (nel rapporto dialettico con l'economia) uno spazio che per lungo tempo sembrava abbandonato alle sole riflessioni della dottrina: quello dei vincoli ai fini e all'attività che il socio pubblico deve osservare quando partecipa o costituisce un organismo societario.

Qui si coglie uno dei punti di snodo più significativi dell'intera vicenda delle partecipazioni statali. Inizialmente, accanto alla mera detenzione di azioni a fine di lucro, la partecipazione pubblica è stata funzionalizzata a porre in essere fatti ostativi al verificarsi di determinati processi economici oppure al finanziamento di imprese private ovvero di "salvataggio" di interi settori o rami economici. Da ultimo, sebbene il perseguimento di simili finalità sembrerebbe, a tutt'oggi, realizzarsi, il legislatore intenderebbe irretire, in una rete a maglie strettissime, l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche (con conseguente obbligo di razionalizzazione e, se del caso, dismissione).

Basti porre mente al già esaminato articolo 4 del T.u. in materia di società a partecipazione pubblica: se il comma primo espressamente enuncia che "*le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni o di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*", il secondo comma, si può dire, precluderebbe ogni fuga in avanti. Infatti, si legge "*nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni, anche indirette, in società esclusivamente per lo svolgimento di ... a) produzione di un servizio di interesse generale ...; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche ...; c) realizzazione e gestione di un'opera ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato ...; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti*

*pubblici partecipanti ...; e) servizi di committenza ... apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro...*” (corsivo di chi scrive).

La predeterminazione delle sfere d'azione, quando ad intraprendere l'attività economica sia un soggetto pubblico, consentirebbe di rilevare un'ulteriore limitazione o, se si preferisce, scostamento dal diritto comune e si presterebbe ad una riflessione (conclusiva) di carattere sistematico.

Come in un gioco di specchi, sembrerebbe quasi di tornare all'abbrivio. In precedenza, si è, infatti, accertato che l'economia, partitamente quella di mercato, imporrebbe l'adozione di modelli efficienti per la gestione, nel nostro caso, dei servizi pubblici locali e il diritto, l'art. 41 Cost. (oggi pure l'art. 117), darebbe riconoscimento a tale assetto pro-selettivo. Quella norma, ponendo sullo stesso piano imprese pubbliche e imprese private, autorizzerebbe a desumere che l'iniziativa economica potrebbe essere assunta tanto da privati quanto da pubblici operatori.

Ne conseguirebbe un risultato pratico non trascurabile: la possibilità di costituire soggetti a partecipazione pubblica in assenza di una norma autorizzativa *ad hoc*. Difatti, spetterebbe solo all'ente pubblico, che decide di costituire o di partecipare ad un nuovo soggetto, motivare gli obiettivi perseguiti tramite l'operazione di filiazione (se si costituisce un nuovo soggetto) o di affiliazione (se si partecipa ad un soggetto già esistente). Ciò, pur sempre, nel rispetto dei parametri del doveroso perseguimento dell'interesse pubblico che ne giustificano l'operare e, dunque, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa<sup>690</sup>.

Al contrario, la limitazione nelle finalità e nelle attività realizzabili attraverso la costituzione o la partecipazione in società pubbliche appena detta e le stesse deroghe al diritto comune recate dal T.u. in materia di società a partecipazione pubblica lascerebbe dubitare che possa davvero predicarsi la libertà di iniziativa economica pubblica. Probabilmente, per risolvere tale dilemma dovrebbe – ma ciò costituisce l'oggetto di ben altro approfondimento – cominciare a ragionarsi non tanto della *specialità* delle società a partecipazione pubblica quanto del rapporto tra libertà e obbligatorietà *della* (come predeterminazione dell'agire) e *nella* (come deroghe alla disciplina di diritto comune) partecipazione dei pubblici poteri alle attività economiche.

---

<sup>690</sup> In tal senso, anche per un recente approfondimento della problematica, v. VALAGUZZA S., *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2014, 83 ss.



## BIBLIOGRAFIA ARTICOLI DI DOTTRINA/NOTE A SENTENZA/OPERE COLLETTANEE

- AA. VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma - Bari, 1999;
- AA. VV., *La riforma dei servizi pubblici locali - Art. 35 L. 28 dicembre 2001, n. 448, Legge finanziaria 2002*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003;
- ABRIANI N., *Sub art. 2380-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P. (commentario diretto da), Zanichelli, Bologna, 2004, 669 ss.;
- AFFERNI G., *Recenti sviluppi nell'azione di classe*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1275 ss.;
- ALESSE R., *La commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero e l'istituto della precettazione*, in *Quadd. cost.*, 2011, 671 ss.;
- ALESSI C., *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del tribunale*, in *Giur. comm.*, 2014, 443 ss.;
- ALTIERI A.M., *Il servizio idrico integrato e il regime giuridico delle reti*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 835 ss.;
- AMATO G., *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, (a cura di) DELLA CANANEA G., NAPOLITANO G., Bologna, 1998, 12 ss.;
- AMBROSINI S., *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, *Il fallimento*, vol. XI, tomo II, Padova, 2008, 521 ss.;
- AMBROSINI S., AIELLO M., *I piani attestati di risanamento*, in PANZANI L. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Padova, 2014, 829 ss.;
- ANDOLINA I., «Liquidazione dell'attivo» ed «esercizio provvisorio dell'impresa» nel fallimento, in *Dir. fall.*, 1978, 181 ss.;
- ANFUSO F., *Condizioni di fallibilità dell'impresa collettiva: basta lo scopo od occorre anche l'effettivo esercizio dell'attività commerciale?*, in *Fall.*, 2002, 602 ss.;
- ANGELI F., *Fallimento di società esercente pubblico servizio e apertura di esercizio provvisorio*, in *ilfallimentarista.it*, on-line;
- ANGELICI C., *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in DI CATALDO V., MELI V., PENNISI R. (a cura di), in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo I, Milano, 2015, 37 ss.;
- ANGELICI C., *In tema di «socio pubblico»*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 175 ss.;
- ANGELINI F., *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in *Rivista AIC*, 2012, 21 ss.;
- ANGIULI A., voce «*Ferrovie e tramvie (demanio e patrimonio pubblico)*», in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 328 ss.;
- ANZON DEMMIG A., *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giur. cost.*, 2015, 551 ss.;
- APERIO BELLA F., *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. e soc.*, 2015, 139 ss.;
- APPIO C. L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *www.ilcaso.it*;
- ARATO M., *Il piano di concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo III, Torino, 2016, 3444 ss.;
- ARATO M., *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla commissione Rordorf*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo III, Torino, 2016, 4527 ss.;
- ARRIGONI R., *Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 87 ss.;
- ARSÌ M., *I beni pubblici*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, ed. II, Milano, 2003, 1705 ss.;
- ASCARELLI T., *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 285 - 286;
- ASCARELLI T., *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 ss.;
- ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 1 ss.;
- ASQUINI A., *I battelli del Reno*, *Riv. soc.*, 1959, 617 ss.;

- ASTONE F., *Lo statuto delle società in house*, in *www.giustamm.it*, 2010;
- ATTANASIO M., *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2016;
- BACCOLINI F., *Prospettive della riorganizzazione dei servizi pubblici locali nelle recenti disposizioni di legge*, in *giustamm.it*, 2015;
- BACHELET V., *L'istituzione del Ministero delle partecipazioni statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 195 ss.;
- BALDASSARRE A., voce "Iniziativa economica privata", in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 602;
- BALESTRA L., *Concordato, assoggettabilità delle società partecipate da enti pubblici e prededucibilità del finanziamento dei soci*, in *Fall.*, 2013, 1282 ss.;
- BALESTRA L., *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, 283 ss.;
- BARACHINI F., *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: la continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in VIETTI M., MAROTTA F., DI MARZIO F. (a cura di), *The italian change for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi*, Milano, 2014, 29 ss.;
- BARDUSCO A., voce "Azienda municipalizzata", in *Dig., Disc. Pubbl.*, Torino, 1987;
- BARDUSCO A., voce "Ente pubblico", in *Dig., Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 64 ss.;
- BASSI A., *L'esercizio provvisorio*, in BUONOCORE V., BASSI A. (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Padova, 2011, 307 ss.;
- BASSI G., *Le società di scopo per la valorizzazione e l'ottimizzazione del patrimonio immobiliare pubblico nel nuovo Testo unico sulle società partecipate*, in *App. e contratti*, 2016, 10 ss.;
- BELLOMO S., *Lo sciopero*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Pubblico e privato*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., Padova, 2013, 1928 ss.;
- BENAZZO P., *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, in *RDS*, 2011, 17 ss.;
- BENEDETTI A. M., *Quando basta (ancora) il codice civile. Utenti, pubblici servizi e diritto delle obbligazioni*, in *Danno resp.*, 2008, 1102 ss.;
- BENEDETTI L., *Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c. rispetto alla s.r.l. di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2015, 432 ss.;
- BENUSSI C., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI G. e DOLCINI E., ed. II, Padova, 2013, 1248 ss.;
- BENZI D., *L'affitto d'azienda*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2009, 1181 ss.;
- BERTACCHINI E., *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contr. impresa*, 2013, 315 ss.;
- BIANCA M., *La disciplina della crisi delle grandi imprese*, in COSTA C. (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2008, 1 ss.;
- BLANDINI A., *La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Liber amicorum Pietro Abbadessa, Società, banche e crisi d'impresa*, vol. I, Torino, 917 ss.;
- BONELLI F., ROLI M., voce "Privatizzazioni", in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 994 ss.;
- BONGIORNO G., *La liquidazione dell'attivo nel fallimento*, in FORTUNATO S., GIANNELLI G., GUERRERA F. e PERRINO M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo*, Milano, 2011, 269 ss.;
- BORGHI E. e CARLINI G., *Crisi d'impresa e contratti pubblici. Il favor normativo per la continuità aziendale*, in *Riv. trim. appalti*, 2016, 193 ss.;
- BORRELLO I., *La cartolarizzazione dei proventi delle dismissioni immobiliari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 128 ss.;
- BOSCHETTI B.L., *Cittadino e utente*, in *Jus*, Milano, Vita e pensiero, 2003, 87 ss.;
- BOSCHETTI B., *Enti locali e iniziativa economica*, in *Regioni*, 2007, 765 ss.;
- BOTTINO G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 1606B ss.;
- BOZZA G., *Liquidazione dell'attivo in funzione di recupero dei valori aziendali*, in *Fall.*, 2014, 849 ss.;
- BOZZI G., voce "Municipalizzazione dei pubblici servizi", in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977;
- BRANCASI A., *La cartolarizzazione dei beni pubblici di fronte all'ordinamento comunitario*, in *Aedon*, on-line;

- BRUZZONE G. e SEBASTIANI M., *Aiuti di Stato e servizi pubblici locali*, in VIGNERI A. e SEBASTIANI M. (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli ed., Santarcangelo di Romagna, 2016, 351 ss.;
- BUCCI C., voce “Economia (intervento pubblico nell’)”, in *Dig., Disc. pubbl.*, vol. V., Torino, 1990, 373 ss.;
- BUONOCORE V., voce “Imprenditore (dir. priv.)”, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 515 ss.;
- BUONOCORE V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 5 ss.;
- BUSI C. A., *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza E. e Gabrielli E., Padova, 2008, 54 ss.;
- BUSSOLETTI M., LA MARCA E., *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 65 ss.;
- CAIAFA A. - VALERIO A., *Patrimoni destinati ad uno specifico affare: profili concorsuali*, in CAIAFA A., ROMEO S. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Padova, 2014, 639 ss.;
- CALABRÒ M., *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 373 ss.;
- CALDERAZZI R., *Le società miste, il socio operativo e le attività extra moenia*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Bari, 2011, 263 ss.;
- CAMPOBASSO G. F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 390 ss.;
- CAMPOBASSO M., *Nuovi principi e vecchi problemi nel concordato preventivo con “continuità aziendale”*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Liber amicorum Pietro Abbadessa, Società, banche e crisi d'impresa*, vol. III, Torino, 2014, 3015 ss.;
- CAPANTINI M., *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 801 ss.;
- CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, 295 ss.;
- CAPOBIANCO E., *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2013, 186 ss.;
- CAPORUSSO S., *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1199 ss.;
- CAPRARA A., “In house providing” e mercato, in *AGE*, 2015, 515 ss.;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13 ss.;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in *Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2006, 323 ss.;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione. Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, 2008, 459 ss.;
- CARABETTA S., *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico*, in *Jus civile*, 2015, 705 ss.;
- CARANTA R., *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze tra Stato e regioni*, in *Giur. it.*, 2006, 1737 ss.;
- CARANTA R., *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urb. e app.*, 2007, 1479 ss.;
- CARANTA R., *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza Plenaria. Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1120 ss.;
- CARANTA R., *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati* in *Giur. it.*, 2010, 1193 ss.;
- CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss.;
- CARIELLO V., *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, co. 1, c.c. (art. 19, co. 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 343 ss.;
- CARLEO R., *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in NUZZO MAR. (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2015, 3 ss.;
- CARLIZZI M., *La direzione unitaria e le società partecipate da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1177 ss.;
- CAROTA L., *Dai beni pubblici ai beni comuni*, in *Contr. impresa*, 2016, 105 ss.;
- CARUSO B., *I pareri dell'Agcm sull'affidamento «in house» (anno 2011) e gli ultimi sviluppi normativi in materia di liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Conc. mercato*, 2012, 159 ss.;

- CARAPEZZA FIGLIA G., *Concorrenza e contratto nei mercati dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. imp.*, 2012, 39 ss.;
- CARTEI G.F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1219 ss.;
- CARTEI G.F., voce “*Servizio universale*”, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 1057 ss.;
- CARRABA M., voce “*Programmazione economica*”, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, § 5;
- CASALINI D., *Autorizzazione all'esercizio del commercio su area pubblica appartenente al demanio ferroviario e uso particolare del bene pubblico*, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 2595 ss.;
- CASALINI D., *L'alternativa tra mercato e auto-produzione di beni e servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 1158 ss.;
- CASANOVA M., *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia: impresa pubblica e impresa privata*, in *Riv. soc.*, 1967, 754 ss.;
- CASSATELLA A., *Partecipazione “simbolica” alle società in house e requisito del controllo analogo*, in *Giur. it.*, 2014, 1708 ss.;
- CASSESE S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2015;
- CASSESE S., *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1134 ss.;
- CASSESE S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.;
- CASSESE S., *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in AA.VV., *Le imprese a partecipazione statale*, Jovene, Napoli, 1972, 3 ss.;
- CASSESE S., voce “*Azionariato di Stato*”, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 774 ss.;
- CASSINIS P., *Imprese pubbliche e incaricate di servizi di interesse generale*, in *La concorrenza*, (a cura di) FRIGNANI A., PARDOLESI R., *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da AJANI G., BENACCHIO G.A., Torino, 2006, 229 ss.;
- CASTRO S., *Rilevanti le caratteristiche geografiche dei luoghi anche in presenza dell'atto privato di trasferimento*, in *Guida al diritto*, n. 12, 2011, 40 ss.;
- CATALDO M., *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1021 ss.;
- CATTANEO S., voce “*Servizi pubblici*”, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, §§ 2-4;
- CAVALAGLIO A., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, 234 ss.;
- CAVALLI G., *I presupposti soggettivi del fallimento in generale*, in AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., *Il fallimento*, (fa parte di) *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, Padova, 2008, 58;
- CAVALLO BORGIA R., *Continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, in *Giur. comm.*, 1982, 737 ss.;
- CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 67 ss.;
- CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.;
- CENSONI P. F., *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. comm.*, 2003, 333 ss.;
- CENSONI P. F., *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, 343 ss.;
- CERBO P., *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2003, pt. IV, col. 332;
- CERULLI IRELLI V., *Problemi sull'individuazione delle persone giuridiche pubbliche (dopo la legge sul «parastato»)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 626 ss.;
- CERULLI IRELLI V., “*Ente pubblico*”: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 84 ss.;
- CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 747 ss.;
- CERVELLI S., *Assoggettabilità a fallimento della società in house*, in *Dir. fall.*, 2015, 66 ss.;
- CESARO L., *Le società pubbliche possono fallire: principi, regole ed eccezioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 283 ss.;

- CHITI E., *Cala il sipario sull'Ente Fiera di Milano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 899 ss.;
- CHITI M. P., *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Milano, 2004, 67 ss.;
- CIAFARDINI L., *I beni pubblici « comuni »: a proposito delle valli da pesca della laguna di Venezia*, in *Giust. civ.*, 2011, 2844 ss.;
- CIASULLO S., *L'affidamento diretto a società miste: condizioni di ammissibilità*, in *Giur. it.*, 2009, 2793 ss.;
- CICCHINELLI S., *Concordato preventivo e società in mano pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 143 ss.;
- CINTIOLI F., *“Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale”: il bisogno o l'attività?(Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Milano, 2004, 79 ss.;
- CINTIOLI F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 453 ss.;
- CINTIOLI F., *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in VIETTI M. (a cura di), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, Torino, 2014, 561 ss.;
- CIPPITANI R., *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 422 ss.;
- CIRENEI M.T., *Le società di diritto “speciale” tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e “poteri speciali”*, in *Dir. comm. inter.*, 1996, 771 ss.;
- CIRENEI M.T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in COLOMBO G.E., PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992;
- CIRILLO G.P., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. not.*, 2015, 871 ss.;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Servizi sanitari, mercato e “modello sociale europeo”*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, 179 ss.;
- CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale. evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.;
- CODAZZI E., *Le società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, in *Relazione al V Convegno Orizzonti del Diritto commerciale*, 2014;
- CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2015, 236 ss.;
- CODAZZI E., *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1, c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, 1041 ss.;
- COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1139 ss.;
- COLOMBARI S., *La gestione dei servizi pubblici locali: nuove norme e problematiche (in parte) antiche*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, 1594 ss.;
- COLOMBO G.E., *L'azienda*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Padova, 1979, 1 ss.;
- COMBA M., *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità dei soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, *Urb. e app.*, 2008, 549 ss.;
- COMERCI V., CHINAGLIA S., *Sub art. 104-bis*, in MAFFEI ALBERTI A. (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. VI, Padova, 2013, 712 ss.;
- CORAPI D., *In tema di interpretazione delle nozioni di concentrazione e di controllo nella legge 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. dir. comm.*, 525 ss.;
- CORRADO A., *Una società caratterizzata dallo scopo di lucro non può svolgere attività di tipo amministrativo*, in *Guida al diritto*, 89 ss.;
- CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 757;
- CORTI L., *Beni demaniali: la Corte di Cassazione «riformula» la categoria al di là del Codice civile (invocando i principi costituzionali)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 636 ss.;
- COSSU M., *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, 627 ss.;

- COSSU M., *S.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A., (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, 2011, 243 ss.;
- COSTA C., *La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ed i poteri dell'autorità giudiziaria*, in *Dir. fall.*, 2014, 1 ss.;
- COSTABILE F., D'ADAMO V., *Concessione di servizi e cessione del ramo d'azienda*, in *Urb. e app.*, 2014, 377 ss.;
- COSTI R., *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, 798 ss.;
- COTTINO G. (a cura di), *Ricerca sulle partecipazioni statali*, Einaudi, Torino, 1978;
- COZZARELLI L., *Fondamenti giuridici della trasformazione della s.p.a. totalmente pubblica in azienda speciale: aspetti di diritto societario*, in LUCARELLI A. (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della società per azioni in azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2014, 63 ss.;
- CRESTA S., *Sub art. 5*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida ANAC*, Dike ed., Roma, 2016, 29 ss.;
- CRISAFULLI V., voce "Disposizione (e norma)", in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss.;
- CRISMANI A., *Le società partecipate tra crisi e insolvenza*, in *Dir. e soc.*, 2015, 317 ss.;
- CUOCO M., *La gestione della crisi di una società in house*, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org);
- D'ALESSANDRO F., "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, 34 ss.;
- DALMARTELLO A., SACCHI R., SEMEGHINI D., *Il presupposto soggettivo*, in JORIO A. (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare, Nuova giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2016, 142-143;
- DANOVÌ A., INDIZIO G., *Crisi d'impresa*, in DANOVÌ A., QUAGLI A. (a cura di), *Crisi aziendali e processi di risanamento. Modelli interpretativi, prevenzione e gestione della crisi d'impresa, casi aziendali*, III ed., Ipsoa, Milano, 2012, 5 ss.;
- D'ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica*, in SANDULLI M. (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento. Le procedure concorsuali: dalla piccola impresa al consumatore*, Ipsoa ed., 2007, 105 ss.;
- D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fall.*, 2009, 715 ss.;
- D'ATTORRE G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fall.*, 2010, 691 ss.;
- D'ATTORRE G., *Il concordato preventivo delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 2013, 877 ss.;
- D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 2014, 493 ss.;
- D'ATTORRE G., *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in JORIO A., SASSANI B. (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali. I. Introduzione generale. Il fallimento*, Milano, 2014, 307 ss.;
- D'ATTORRE G., *La crisi nelle società a partecipazione pubblica*, in FIMMANÒ F. – CATRICALÀ A., *Le società pubbliche*, Giapeto ed., Napoli, 2016, 673 ss.;
- DE ANGELIS L., *L'impresa holding, l'impresa di gruppo o il gruppo di imprese*, in *Studi in onore di Luca Buttarò*, Tomo I, Milano, 2002, 191 ss.;
- DE BARI F., *Il sistema dualistico della proprietà dei beni destinati a servizi pubblici locali*, in COLOMBINI G. (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, 2008, 239 ss.;
- DE FERRA G., *Sul fallimento della società commerciale che non esercita attività imprenditrice*, in *Dir. fall.*, 1956, 482 ss.;
- DE FERRA G., *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, 193 ss.;
- DE FERRA G., *La riforma societaria e gli istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, 470 ss.;
- DE FILIPPIS D., *L'autonomia patrimoniale esclude il rapporto di servizio*, in *Guida al diritto*, n. 17, 2015, 62 ss.;
- DE GREGORIS L., *Corporate Governance e obbligo di adozione di assetti adeguati*, in *Dir. econ.*, 2012, 47 ss.;
- DELLA SCALA M.G., voce "Organismo di diritto pubblico", in *Dig. Dis. pubbl.*, Agg., 2010, Torino, 340 ss.;
- DELLI PRISCOLI L., *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, 352 ss.;
- DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, 777 ss.;
- DEMURO I., *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, 576 ss.;

- DEMURO I., *La partecipazione del privato*, in IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A., (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, 2011, 279 ss.;
- DEMURO I., *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, in AGE, 2015, 557 ss.;
- DI MARZIO F., voce "Crisi d'impresa", in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, 503 ss.;
- DI MARZIO F., *Introduzione al concordato con continuità aziendale*, in VIETTI M., MAROTTA F., DI MARZIO F. (a cura di), *The italian change for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi*, Milano, 2014, 9 ss.;
- DI NUNZIO A., DE CARLO E., *Sub art. 17*, in MESCHINO M., LALLI A. (a cura di), *Le società partecipate dopo la Riforma Madia. Commento organico al D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Dike ed., Roma, 2016, 159 ss.;
- DE PASQUALE P., *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 265 ss.;
- DE PAULI L., *Sub art. 175*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida ANAC*, Dike ed., Roma, 2016, 614 ss.;
- DE SENSI V., *Appalto pubblico e crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2015, 623 ss.;
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. 6, parte I, 1924;
- DI BENEDETTO F., *Proprietà pubblica e imprese strategiche: riflessioni sul caso Essent*, in *Dir. comm. inter.*, 2015, 181 ss.;
- DI CECCO G., *Il diritto di "prelazione" previsto dalla disciplina italiana del "workers buyout" a favore delle cooperative costituite dai lavoratori delle imprese in crisi*, in *Fall.*, 2016, 633 ss.;
- DI FABIO M., *Sull'assoggettabilità a procedure concorsuali delle società in house providing*, in *Dir. fall.*, 2015, 300 ss.;
- DI GIANDOMENICO G., DI GIANDOMENICO M. N., *Le ultime vicende delle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 193 ss.;
- DI CHIO G., *L'impresa a partecipazione statale: un modo di essere delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1976, 927 ss.;
- DI GRAZIA D., *I servizi pubblici (Commento all'art. 101)*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, (a cura di) VETTORI G., Padova, 2013, 1008 ss.;
- DI LULLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società « in house » che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro amm.*, 2014, 2498 ss.;
- DI MAJO A., *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica e sociale*, in ROMAGNOLI V., OTTAVIANO V., AMATO G., GALGANO F. (a cura di), *La costituzione economica, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, vol. I, 1977, 333 ss.;
- DONATIVI V., *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 340;
- DONATIVI V., *I "confini" del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, 553 ss.;
- DONATIVI V., *I confini (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur. comm.*, 2014;
- DONATO A., *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in AGE, 2015, 367 ss.;
- DUGATO M., *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione. Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, 2008, 17 ss.;
- ESPOSITO M., *Molto ma non abbastanza: la Corte costituzionale al confine tra pubblico e privato*, in *Giur. cost.*, 2011, 4442 ss.;
- FABIANI M., *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2004, 825 ss.;
- FABIANI M., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, in *Foro it.*, 2006, parte I, col. 263;
- FABIANI M., *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2016, 261 ss.;
- FALCONE G., *I piani di risanamento attestati nella «gestione privatistica dell'insolvenza»*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, 2039 ss.;
- FANIZZI R., *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'"in house providing" secondo una lettura comunitaria del fenomeno*, in *Giust. civ.*, 2008, 1057 ss.;

- FARINA F., *Assoggettabilità al fallimento di società commerciali che non esercitano attività imprenditrice?*, in *Dir. fall.*, 1967, 423 ss.;
- FAUCEGLIA G., *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Fall.*, 2009, 14 ss.;
- FAUCEGLIA G., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in APICE U. (diretto e coordinato da), *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, I, Torino, 2010, 35-36;
- FELLETI L., *I primi cinque anni della class action amministrativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 53 ss.;
- FERRANDO S., *Disciplina comunitaria degli appalti pubblici e affidamento diretto a società miste: la partecipazione minoritaria dell'investitore privato esclude il controllo analogo della pubblica amministrazione*, in *Dir. comm. inter.*, 2005, 167 ss.;
- FERRARI G., voce "Azienda (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 680 ss.;
- FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2005, 992 ss.;
- FERRI G., voce "Concorrenza", in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 532 ss.;
- FERRI JR. G., *Le forme di esercizio dell'impresa fallita*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 183 ss.;
- FERRI JR. G., *Sub art. 2342 c.c.*, in SANTOSUOSSO D.U. (a cura di), *Commentario del Codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, Torino, 2015, 756 ss.;
- FERRO M., *Sub art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, III ed., Padova, 2014, 899 ss.;
- FERRO M., *Sub art. 104*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, III ed., Padova, 2014, 1353 ss.;
- FERRO M., *Sub art. 104-bis*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, III ed., Padova, 2014, 1377 ss.;
- FERRO M., *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fall.*, 2016, 1032 ss.;
- FETERIS E.T., *La ricostruzione razionale dell'argomentazione teleologico-consequenzialista nella giustificazione delle decisioni giudiziali: una prospettiva pragma-dialettica*, in *Ragion pratica*, 2007, 537 ss.;
- FIMMANÒ F., *Insolvenza della spa ed incapienza dei patrimoni destinati*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), on-line;
- FIMMANÒ F., *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, 756 ss.;
- FIMMANÒ F., *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Zanichelli ed., Bologna, 2010, 447 ss.;
- FIMMANÒ F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 13 ss.;
- FIMMANÒ F., *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Fall.*, 2013, 1296 ss.;
- FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Società*, 2014, 61 ss.;
- FIMMANÒ F., *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, 1135 ss.;
- FIMMANÒ F., *Insolvenza dell'imprenditore «società pubblica», gestione in house dei servizi e tutela dell'affidamento*, in *Dir. fall.*, 2015, 258 ss.;
- FIMMANÒ F., *Società a partecipazione pubblica e crisi d'impresa*, Relazione alle giornate di studio della Scuola Superiore della Magistratura e del Consiglio di Stato, Roma, 6 - 7 maggio 2015;
- FIMMANÒ F., *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento*, in JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Milano, 2016, 29 ss.;
- FIMMANÒ F., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in JORIO A., SASSANI B. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Milano, 2016, 191 ss.;
- FIMMANÒ F., *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Fall.*, 2017, 172 ss.;
- FIORANI L. E., *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2011, 306 ss.;
- FIORANI L.E., *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, 532 ss.;
- FOLLIERI L., *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel «prisma» del contratto*, in *Contr. impresa*, 2015, 1099 ss.;



- FORTUNATO S., *Contabilità e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1998, 524 ss.;
- FORTUNATO S., *Sub art. 1*, in JORIO A. (diretto da), FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli ed., Bologna, 2006, 57-58;
- FORTUNATO S., *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.)*, in *Riv. soc.*, 2015, 253 ss.;
- FORTUNATO S., *Considerazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2016, 587 ss.;
- FRACCHIA F., *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, pt. V, col. 106;
- FRANCIOSI F., *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione «naturale» dei beni pubblici*, in *Dir. amm.*, 2004, 89 ss.;
- FRANCHINI C., *Mercato unico concorrenziale e pubbliche amministrazioni (Il caso degli organismi di diritto pubblico e delle società in house)*, in RABITTI BEDOGNI C. e BARUCCI P. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo II, Torino, 2010, 843 ss.;
- FRANZI C. P., FOLESANI S. G., *L'affitto d'azienda nel fallimento*, in SANZO S. (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Zanichelli ed., Bologna, 2009, 246 ss.;
- FRASCAROLI SANTI E., *Il concordato preventivo*, in PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, ed. II, Torino, 2014, 515 ss.;
- FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Vol. II, Zanichelli, Bologna, 1993;
- GALGANO F., *Sub art. 1, comma 1°*, in BRICOLA F., GALGANO F., SANTINI G. (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare, Artt. 1-22*, Bologna-Roma, Zanichelli – Foro it., 1974, 90 ss.;
- GALGANO F., *Articolo 41*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna - Roma, Zanichelli - Foro it., 1982, 1 ss.;
- GALGANO F., *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. soc.*, 1982, 436 ss.;
- GALGANO F., voce *“Persona giuridica”*, in *Dig. Disc. civ.*, Torino, 1995, 392 ss.;
- GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, 270 ss.;
- GAROFOLI R., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, parte IV, col. 133;
- GAROFOLI R., *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in GAROFOLI R.-SANDULLI M.A. (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Milano, 2005, 155 ss.;
- GASTALDO V., *La carta dei servizi ferroviari*, in *Diritto dei trasporti*, 2015, 379 ss.;
- GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di “controllo” sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Foro amm.- CDS*, 2005, 2001 ss.;
- GENESIN M.P., *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, e in *Urb. e app.*, 2011;
- GENOVESE A., *L'artigiano e le attività commerciali*, *Riv. dir. comm.*, 1968, 169 ss.;
- GENTILE E., *L'in house providing come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici e la cooperazione verticale istituzionalizzata*, in *Foro amm.*, 2015, 1086 ss.;
- GENTILI A., *L'iniziativa economica privata*, in GENGHINI M., GENTILI A., TAMPONI M. (a cura di), *I rapporti economici nella Costituzione*, vol. III, Milano, 1989, 17 ss.;
- GHEZZI F., VENTORUZZO M., *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, 668 ss.;
- GIAMPAOLINO C.F., *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, 1995, 998 ss.;
- GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 475 ss.;
- GIANNINI M. S., *Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 108;
- GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.;
- GIANNITI L., *Note sul dibattito alla Costituente sulla “Costituzione economica”*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.;
- GIGLIONI F., *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, 353 ss.;

- GIORGIO M., *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1269 ss.;
- GIULIANI M., *Le imprese pubbliche*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, (a cura di) FRIGNANI A., BARIATTI S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO F., Padova, 2012, 465 ss.;
- GIULIETTI W., *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in *giustamm.it*, 2014;
- GIUSTA M., *Sub art. 25*, in LO CASCIO G. (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Ipsoa ed., Milano, 2013, 292 ss.;
- GNES M., *La specialità degli enti pubblici francesi: privilegio o garanzia implicita per i terzi creditori?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 906 ss.;
- GOISIS F., *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 444 ss.;
- GOISIS F., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica*, in *Dir. econ.*, 2013, 41 ss.;
- GOISIS F., voce "Ente pubblico", in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 411 ss.;
- GOISIS F., *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, on-line;
- GOSO R., *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore dei soggetti proprietari delle reti*, in *Urb. e app.*, 609 ss.;
- GRAZIANI A., *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, in *Riv. inter. scienze econ. comm.*, 1956, 410-411;
- GRAZIANO A., *La scelta dei soci privati nelle società di capitali a maggioranza pubblica: il Consiglio di Stato colma un'apparente lacuna normativa*, in *Foro amm.*, 1998, 2097 ss.;
- GRECO G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 839 ss.;
- GRECO G., *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Dir. comm. inter.*, 2015, 809 ss.;
- GRECO T., GRECO M., *La storia immutata delle valli da pesca dalla serenissima ad oggi*, in *Corriere giur.*, 2011, 807 ss.;
- GRIGOLI M., *Sul diritto di produrre il servizio di battellaggio*, in *Giust. civ.*, 2000, 1007 ss.;
- GRONDONA M., *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 2013, 603 ss.;
- GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842 ss.;
- GUARINO G., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, 78 ss.;
- GUERRA F., *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, 774 ss.;
- GUERRERA F., *Le società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma di diritto societario*, in *Società*, 2005, 681 ss.;
- GUERRERA F., MALTONI M., *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, 2008, 17 ss.;
- GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico - privata*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 97 ss.;
- GUERRERA F., *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, 1114 ss.;
- GUERRERA F., *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 775 ss.;
- GUERRIERI A., *Società miste, socio privato e compiti operativi*, in *Urb. e app.*, 2014, 591 ss.;
- GUGLIELMUCCI L., *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività di impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1176 ss.;
- GUIDA P., *La circolazione delle partecipazioni sociali pubbliche*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 167 ss.;
- GUIZZI G., *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 277 ss.;

- GUIZZI G., *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in CAMPOBASSO M., CARELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Liber amicorum Pietro Abbadessa, Società, banche e crisi d'impresa*, vol. I, Torino, 2014, 1043 ss.;
- IACOVONE G., *Tecnica, politica e (in)effettività della tutela dell'utente di servizi di pubblica utilità*, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 2085 ss.;
- IANNONE C., *Gli aiuti di Stato in favore delle imprese pubbliche e le regole nazionali applicabili al loro stato di crisi*, in *Dir. un. eur.*, 2012, 263 ss.;
- IBBA C., *Gli statuti singolari*, in COLOMBO G.E., PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, 521 ss.;
- IBBA C., voce "Società legali e società legificate", in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1 ss.;
- IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 464 ss.;
- IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica locale*, in *Studi in onore di Luca Buttaro*, Milano, 2002, 341 ss.;
- IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.;
- IBBA C., *Società a partecipazione pubblica: profili privatistici dell'azione pubblica*, in COLOMBINI G. (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali: profili di diritto interno e internazionale. Atti del Convegno di Pisa, 20 dicembre 2007*, Jovene ed., Napoli, 2009, 61 ss.;
- IBBA C., *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 13 ss.;
- IBBA C., «Generale» e «speciale» nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 473 ss.;
- IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 5 ss.;
- IBBA C., *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2015, 95 ss.;
- IBBA C., *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*, in *Munus*, 2015, 1 ss.;
- IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 511 ss.;
- IBBA C., *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *AGE*, 2015, 409 ss.;
- IBBA C., *Società a partecipazione pubblica e fallimento*, in *Riv. giur. sarda*, 2015, 24 ss.;
- IBBA C., DEMURO I., *Il fallimento dell'impresa pubblica in forma societaria*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo I, Torino, 2016, 368 ss.;
- IBBA C., *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (Diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, 1026 ss.;
- IBBA C., *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *NLCC*, 2016, 1233 ss.;
- IRACE A., *Sub art. 182-quinquies*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, 461 ss.;
- IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, 465 ss.;
- IRTI N., *La concorrenza come statuto normativo*, in AMOROSINO S., MORBIDELLI G. e MORISI M. (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per Alberto Predieri*, Torino, 2002, 335 ss.;
- JACHIA G., *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in FAUCEGLIA G., PANZANI L. (Trattato diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1573 ss.;
- LAMANDINI M., *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6*, in *Riv. soc.*, 2003, 490 ss.;
- LAMANDINI M., «Controllo» di società, in ABRIANI N. (a cura di), *Dizionari del diritto privato promossi da Irti Natalino, Diritto commerciale*, Milano, 2011, 316 ss.;
- LA MARCA E., *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema delle società a capitale interamente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 569 ss.;
- LA PORTA U., *Dal «tipo contrattuale» al «modello di società»: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Società*, 2002, 12 ss.;
- LAUDONIO A., *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2006, 265 ss.;
- LAURINI G., *Il ruolo degli statuti e dei patti parasociali nella fase genetica e funzionale delle società pubbliche*, in in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 117 ss.;

- LAURINI G., *Legittima la trasformazione di società in house in Azienda Speciale*, in *Notariato*, 2014, 106 ss.;
- LEGGIADRO F., *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci*, in *Urb. e app.*, 2013, 307 ss.;
- LIBERTINI M., *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, 469 ss.;
- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.;
- LIBERTINI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, *Contr. e impr.*, 2008, 1201 ss.;
- LIBERTINI M., voce "Concorrenza", in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 191 ss.;
- LIBERTINI M., A "highly competitive social market economy" as a founding element of the european economic constitution, in *Conc. e merc.*, 2011, 491 ss.;
- LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *RDS*, 2012, 199 ss.;
- LIBERTINI M., *Concorrenza e coesione sociale*, in *ODC-Rivista*, 3/2013, on-line;
- LIBONATI B., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1540 ss.;
- LICCARDO P., *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda affittata*, in *Fall.*, 1997, 661 ss.;
- LICONTI F., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2006, 388 ss.;
- LICONTI F., *L'affitto dell'azienda del fallito*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2006, 417 ss.;
- LIROSI A., *Affidamento in house: lo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in *www.giustamm.it*, 2006;
- LO CASCIO G., *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in *Fall.*, 2006, 581 ss.;
- LO CASCIO G., *Il piano attestato di risanamento*, in DI MARZIO F. (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 257 ss.;
- LO CASCIO G., *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Fall.*, 2012, 5 ss.;
- LO CASCIO G., *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fall.*, 2012, 137 ss.;
- LOFFREDO E., *Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa*, in *ODC-Rivista*, 3/2014, on-line;
- LOLLI A., *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 1937 ss.;
- LOMBARDI G., BELTRAMI P. D., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, 713 ss.;
- LOPILATO V., *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 443 ss.;
- LO SCHIAVO G., *Dalla giurisprudenza Altmark all'adozione del pacchetto "Almunia". Chiarimenti sulla portata delle compensazioni concesse per la prestazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2012, 1247 ss.;
- LUCARELLI A., *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 243 ss.;
- LUCARELLI A., *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, in LUCARELLI A. (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della società per azioni in azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2014, 31 ss.;
- LUCIANI F., "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 719 ss.;
- LUCIANI M., voce "Economia nel diritto costituzionale", in *Dig., Disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1991, 376 ss.;
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti Di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 97 ss.;
- MACAGNO G. P., *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fall.*, 2014, 670 ss.;
- MACAGNO G. P., *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *Fall.*, 2016, 1074 ss.;

- MACARIO F., *sub art. 9*, in FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, Vol. II*, Zanichelli, Bologna, 1993, 791 ss.;
- MACARIO F., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 102 ss.;
- MACCHIARULO L., *Il fallimento di una società pubblica di trasformazione urbana: il caso Bagnolifutura*, in *Dir. fall.*, 2015, 328 ss.;
- MAFFEI ALBERTI A., *Sub art. 104*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. VI, Padova, 2013, 703 ss.;
- MAFFEI ALBERTI A., *Sub art. 27, D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. VI, Padova, 2013, 1715 ss.;
- MAFFEI ALBERTI A., *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuazione dell'attività*, in *NLCC*, 2014, 293 ss.;
- MALTONI M., RUOTOLO A., *Il procedimento ex art. 115 T.U.E.L. di trasformazione e di scissione di aziende speciali e consorzi di enti pubblici in società di capitali: l'adeguamento interpretativo alla disciplina vigente del codice civile*, in *Studi del Consiglio nazionale del notariato*, 2015;
- MAMELI B., *Non tutti gli ordini professionali sono organismi di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2014, 16 ss.;
- MAMELI B., *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, in *Giur. it.*, 2014, 7 ss.;
- MANASSERO L., *Le società patrimoniali nel Servizio Idrico Integrato*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), on-line;
- MANCINI L., *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, 113 ss.;
- MANDRIOLI L., *Sub art. 104*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, tomo II, Torino, 2010, 1337 ss.;
- MANDRIOLI L., *Sub art. 104-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, tomo II, Torino, 2010, 1368 ss.;
- MANDRIOLI L., *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2016, 66-67;
- MANFEROCE T., *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fall.*, 2003, 1241 ss.;
- MANGANI R., *Il concordato con continuità aziendale e i contratti pubblici: opportunità e problemi*, in *Riv. trim. appalti*, 2015, 145 ss.;
- MARASÀ G., voce *"Società speciali e società anomale"*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1 ss.;
- MARASÀ G., *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in *AGE*, 2014, 33 ss.;
- MARCHESI D., *Riordino delle partecipate degli enti locali, criticità, possibili policy, interventi in atto*, in *AGE*, 2015, 345-346;
- MARCHETTI P. G., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 1 ss.;
- MARCHIANÒ G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei sieg*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2013, 1021 ss.;
- MARCHISIO E., *L'eterodirezione «pubblicistica»*, in *AGE*, 2015, 435 ss.;
- MARCIANÒ A., *L'azione di classe amministrativa e gli orientamenti desumibili dalle prime applicazioni amministrative*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 145 ss.;
- MARTINES F., *La direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2015;
- MARTORANO F., *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, 1 ss.;
- MARTUCCI K., *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 259 ss.;
- MASSERA A., TACCOLA C., *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in MASSERA A. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, 265 ss.;
- MAUGERI M., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.*, 543 ss.;
- MAZZAMUTO M., *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. it.*, 2013, 1416 ss.;
- MAZZAMUTO M., *Fallibilità o meno delle società in house tra diritto privato e diritto pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (UE)*, in *Dir. econ.*, 2014, 550 ss.;
- MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir priv.*, 2011, 365 ss.;

- MAZZIOTTI DI CELSO M., voce “Diritti sociali”, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, 802 ss.;
- MAZZONI A., *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Riv. soc.*, 1996, 34 ss.;
- MEALE A., *I contratti esclusi dall’ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 919 ss.;
- MELE E., *La costituzione della società per azioni*, in MELE E. (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici. La società per azioni per gli enti locali*, Milano, 2003, 119 ss.;
- MENGONI L., *Sul concetto di azienda con prevalente partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 153 ss.;
- MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1 ss.;
- MEO G., *I piani di “risanamento” previsti dall’art. 67, l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, 30 ss.;
- MEO G., *Aiuti di stato e forme di risanamento d’impresa compatibili*, in *Dir. comm. inter.*, 2011, 47 ss.;
- MEOLI B., *La continuazione temporanea dell’esercizio dell’impresa*, in *Fall.*, 2005, 1042 ss.;
- MEOLI B., *L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2009, 1163 ss.;
- MERUSI F., *Cent’anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 37 ss.;
- MERUSI F., voce “Servizio pubblico”, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1976, 215 ss.;
- MIDIRI F., «Privatizzazione» dell’Anas e poteri di autotutela, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 1437 ss.;
- MIDIRI M., *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 133 ss.;
- MINERVINI G., *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche “privatizzate”*, in *Riv. soc.*, 1994, 740 ss.;
- MINERVINI G., *Società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 1982, 181 ss.;
- MINIUSI D., *La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo e ordinamento nazionale*, in *Dir. econ.*, 2013, 119 ss.;
- MIOLA M., *I conferimenti in natura*, in COLOMBO G.E., PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, I\*\*\*, Torino, 2004, 8 ss.;
- MOLINARI G., “In house providing” e profili di diritto societario, in *Il Nuovo Diritto*, 2006, 183 ss.;
- MONCERI F., *Riflessi sulla nuova conformazione degli enti locali sul sistema dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2015, 81 ss.;
- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007.;
- MONTALENTI P., *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, 10 ss.;
- MONTALENTI P., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 535 ss.;
- MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss.;
- MONTANARI M., *Giurisdizione in tema di vendite nell’Amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2016, 419 ss.;
- MONTONATO L., *Ammissibilità alla procedura di amministrazione straordinaria di una società totalmente partecipata esercente un servizio pubblico essenziale*, in *RDS*, 2014, 245 ss.;
- MORZENTI PELLEGRINI R., *Società affidatarie di servizi pubblici locali e controllo “analogo” esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali “extra-codicistiche”*, in *Foro amm.-CDS*, 2009, 2233 ss.;
- MOSCO G. D., *Sub art. 2380-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, vol. II, NICCOLINI G., STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), Jovene, Napoli, 2004, 588 ss.;
- MOSCO G. D., *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell’impresa*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2009, 373 ss.;
- MULAZZANI G., *Presupposti di fallibilità delle società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, 135 ss.;
- NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 429 ss.;
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?* , in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.;
- NAPOLITANO G., *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 541 ss.;

- NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.;
- NARDECCHIA G. B., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in PANZANI L. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. IV, ed. II, Padova, 2014, 475 ss.;
- NARDONE A., *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Foro napoletano*, 2013, 301 ss.;
- NEGRELLI A., *Le deroghe di natura economica alla libertà di circolazione sancite dal Trattato al vaglio della Corte di giustizia nel caso Essent*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2014, 199 ss.;
- NIGRO A., *Le imprese commerciali e le altre imprese soggette a registrazione*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1\*\*, Torino, 1986, 1247 ss.;
- NIGRO A., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in COLOMBO G.E., PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. IX, 2, Torino, 1993, 230 ss.;
- NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Sub art. 186-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, 560 ss.;
- NIRO R., *Commento sub art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Padova, 2006, 849;
- NIUTTA A., POLICE A., *Forme e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477 ss.;
- NIUTTA A., *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 983 ss.;
- OBERDAN F., *Decretata la fine della figura giuridica utilizzata spesso in maniera distorta*, in *Guida al diritto*, 2007, 106 ss.;
- OCCHILUPO R., *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, 60 ss.;
- OCCHILUPO R., *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, 525 ss.;
- OCCHILUPO R., ROMA G., *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance*, in *AGE*, 2015, 495 ss.;
- OPPO G., *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 561 ss.;
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 328 - 329;
- OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 421 ss.;
- OPPO G., *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 495 ss.;
- OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 157 ss.;
- OTTAVIANO V., voce "Ente pubblico", in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 963 ss.;
- OTTAVIANO V., voce "Impresa pubblica", in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 674 ss.;
- OTTAVIANO V., voce "Ente pubblico economico", in *Dig., Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 85 ss.;
- OTTAVIANO V., *Note sulle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. soc.*, 1999, 237 ss.;
- PACE A., *La Corte disconosce il valore costituzionale della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2965 ss., 2968;
- PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327 ss.;
- PAGANO G., *Società in house e ammissione delle stesse alle procedure concorsuali*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2014, 466 ss.;
- PALUCHOWSKI A., *Sub art. 104-bis*, in LO CASCIO G. (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Ipoa ed., Milano, 2013, 1283 ss.;
- PANZANI L., *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, in [www.fallimentonline.it](http://www.fallimentonline.it);
- PAPPALARDO A., *sub art. 8*, in FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Vol. II, Zanichelli, Bologna, 1993, 769 ss.;
- PARISI E., *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica nell'interpretazione della High court inglese. La rilevanza della concorrenza e l'organismo transnazionale fra concessione di aiuti di stato, interpretazione conforme e effetto diretto orizzontale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2014, 518 ss.;
- PARISIO V., *Beni ferroviari, servizio di trasporto ferroviario, demanio e patrimonio*, in *Foro amm.-CDS*, 2007, 2647 ss.;
- PASSALACQUA M. (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015;

- PATTI A., *L'affitto dell'azienda*, in *Fall.*, 2007, 1088 ss.;
- PATTI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2013, 1099 ss.;
- PATRONI GRIFFI F., *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010;
- PAVONE LA ROSA A., *Partecipazioni statali e gruppi d'impresе*, in PAVONE LA ROSA A. (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Il Mulino, Bologna, 1982;
- PAVONE LA ROSA A., *Divagazioni in tema di «controllo» e «gruppo» nelle aggregazioni societarie*, in *Contr. impresa*, 1997, 508 ss.;
- PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *Riv. soc.*, 2003, 765 ss.;
- PECORARO C., *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, 947 ss.;
- PECORARO C., *Il controllo sulla società in house secondo le nuove Direttive sugli appalti pubblici e sull'aggiudicazione di concessioni*, in *Relazione al VII Convegno Orizzonti del Diritto commerciale*, 2016;
- PERICU A., *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Dir. comm. inter.*, 2001, 327 ss.;
- PERFETTI L. R., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss.;
- PERFETTI L. R., *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm.-CDS*, 1161 ss.;
- PERINI A., *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una sentenza regolatrice della giurisdizione)*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 90 ss.;
- PETRERA F. P., *Clausole statutarie in materia di amministrazione e controllo nelle società in house e miste*, in *RDS*, 2012, 632 ss.;
- PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, 205 ss.;
- PEZZANO A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, 2006, 674 ss.;
- PEZZANO A., *Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);
- PEZZANO A. e RATTI M., *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2016, 757 ss.;
- PIAZZONI D., *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 5 ss.;
- PICCIOLI C., *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 29 ss.;
- PIRAS P., *Servizi pubblici locali: privatizzazione e beni pubblici*, in COLOMBINI G. (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali: profili di diritto interno e internazionale. Atti del Convegno di Pisa, 20 dicembre 2007*, Jovene ed., Napoli, 2009, 51 ss.;
- PIVATO G., *L'efficienza delle imprese pubbliche. Le imprese pubbliche in forma di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1967, 758 ss.;
- PIZZA P., *Patrimonio dello Stato Spa: profili di organizzazione e funzionamento*, in *Aedon*;
- PIZZA P., *Società a partecipazione pubblica e fallimento. Nuovi argomenti a favore della non fallibilità?*, in [ilfallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it), on-line;
- POLICE A., *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 2007, 79 ss.;
- PORCARI F., *Primi fragili spiragli per l'azione di classe contro gli enti pubblici territoriali*, in *Resp. civ. prev.*, 965 ss.;
- PORTALE G.B., *Dal capitale «assicurato» alle «tracking stocks»*, in *Riv. soc.*, 2002, 146 ss.;
- PORTALE G. B., *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 23 ss.;
- POSITANO G., *Il fallimento delle società «private» a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2013, 563 ss.;
- PRATELLI M. M., *Problemi in tema di "sindacati di gestione"*, in *Giur. comm.*, 2005, 112 ss.;
- PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2006, 16 ss.;



- PRESTI G., *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Egea ed., Milano, 2010, 141 ss.;
- QUARANTA E., *La liquidazione dell'attivo*, in CELENTANO P. e FORGILLO E. (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Padova, 2008, 777 ss.;
- RACUGNO G., *Sub art. 14*, in MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Cacucci ed., Bari, 2016, 201 ss.;
- RACUGNO G., *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 1144 ss.;
- RAGUSA MAGGIORE G., *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in RAGUSA MAGGIORE G. – COSTA C., *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, I, Torino, 1997, 205-206;
- RAMAJOLI M., *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss.;
- RANALLI R., *La scelta dello strumento di risanamento in relazione alla diagnosi e agli indicatori della crisi d'impresa*, in FABIANI M., GIOTTO A. (a cura di), *Conservazione dell'impresa e tutela dei crediti nelle crisi aziendali*, Eutekne ed., Torino, 2015, 17 ss.;
- RAVÀ R., *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 346;
- RAVINALE M., *L'affitto d'azienda*, in GALLONE A., RAVINALE M., *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare. Profili civilistici, fiscali e lavoristici*, Ipsoa ed., Milano, 2008, 13 ss.;
- RAVINALE M., *Esercizio provvisorio*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo II, Torino, 2016, 1823 ss.;
- RICCIUTO V., *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, in *Studi in onore di Benedetti G.*, ESI, Napoli, 2008, 1611 ss.;
- RIOLFO G., *Attività "in-house" e il modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del controllo analogo*, AGE, 2015, 533 ss.;
- RIOLFO G., *Le società "benefit" in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2016, 720 ss.;
- ROCCO DI TORREPADULA N., *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, 40 ss.;
- ROLANDO E., *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni nella "materia trasversale" della tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 836 ss.;
- ROMAGNOLI G., *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *NGCC*, 2004, 214 ss.;
- ROMAGNOLI G., *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, 473 ss.;
- ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti «di salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, 364 ss.;
- RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, 917 ss.;
- ROSAPEPE R., *Ancora a proposito della distinzione tra società e impresa*, in *Giur. comm.*, 1981, 71 ss.;
- ROSSI A., voce "Società con partecipazione pubblica", in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1 ss.;
- ROSSI ANT., *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2010, 1177 ss.;
- ROSSI G., *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 237 ss.;
- ROSSI G., *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 385 ss.;
- ROSSI G., *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1443 ss.;
- ROSSI CARLEO L., *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 155 ss.;
- ROSTAGNO S., *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2007;
- ROTIGLIANO R., *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 1008 ss.;
- RUTIGLIANO M., *Equilibrio economico e finanziario di impresa, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in RUTIGLIANO M. (a cura di), *Superare la crisi con i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un primo bilancio*, Milano, 2010, 1 ss.;
- SABATELLI E., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. «sociali»*, in *Dir. fall.*, 2011, 127 ss.;

- SABLONE S., *Sub art. 17*, in MEO G., NUZZO A. (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Cacucci ed., Bari, 2016, 250 ss.;
- SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 304 ss.;
- SADILE L., *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in *www.ilcaso.it*;
- SAITTO F., *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della costituzione italiana*, in *Ianus*, 2011, 32 ss.;
- SALAMONE V., *L'affidamento dei servizi pubblici locali, tra normativa nazionale e diritto comunitario*, *Foro amm.-TAR*, 2006, 3422 ss.;
- SALIS L., *L'imprenditore civile*, in *Dir. e giur.*, 1948, 1 ss.;
- SALVATI F., *I riflessi della rinnovata veste dell'azienda speciale sulla selezione del personale*, in *Urb. e app.*, 2014, 955 ss.;
- SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 261 ss.;
- SALVATO L., *Riparto delle giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Fall.*, 2014, 33 ss.;
- SANDULLI ALDO M., voce "Beni pubblici", in *Enc. dir.*, vol. V., Milano, 1959, 277 ss.;
- SANDULLI M., *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, 196 ss.;
- SANDULLI M., *Sub art. 2380-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società per azioni. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Tomo I, artt. 2325 - 2422 c.c., Torino, 2003, 395 ss.;
- SANDULLI M., *Sub art. 104*, in NIGRO A., SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 604 ss.;
- SANDULLI M., *Sub art. 104-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 614 ss.;
- SANDULLI M., *Sub art. 1*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma. Disposizioni generali fallimento*, I, Torino, 2010, 4 ss.;
- SANDULLI M.A., *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Milano, 2004, 5 ss.;
- SANTARONI M., *L'amministrazione straordinaria. Requisiti soggettivi e parametri dimensionali*, in GHIA L., PICCININNI C., SEVERINI F. (a cura di), *Trattato delle Procedure concorsuali. V. L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, Padova, 2011, 101 ss.;
- SARACINO C. M., *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statutari*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1123 ss.;
- SARDELLI S., *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimine tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, in *Giur. comm.*, 2015, 464 ss.;
- SBISÀ G., *Società controllate e società collegate*, in *Contr. impresa*, 1997, 319 ss.;
- SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 307 ss.;
- SCARANO A., *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto d'azienda*, in FAUCEGLIA G. e PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2009, 1197 ss.;
- SCARPINO V., *L'affidamento in house e la clausola risolutiva espressa*, in *Giur. merito*, 2989 ss.;
- SCHERMI A., *Momento dell'attribuzione dello status di imprenditore commerciale alle società ed assoggettabilità a fallimento*, in *Giust. civ.*, 1965, 1959 ss.;
- SCHIANO DI PEPE G., *Il concordato preventivo con «continuità aziendale» nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Dir. fall.*, 2012, 482 ss.;
- SCHIUMA L., *Sub art. 2359 c.c.*, in SANTOSUOSSO D. U. (a cura di), *Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, artt. 2247-2378, Torino, 2015, 1243 ss.;
- SCIUTO M., SPADA P., *Il tipo della società per azioni*, *Trattato delle società per azioni diretto da Colombo G.E. e Portale G.B.*, 1\*, Torino, 2004, 3 ss.;

- SCOCA F.G., *Beni pubblici e modificazioni soggettive degli enti pubblici proprietari*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione. Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, 2008, 103 ss.;
- SCOTTI E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, in *Foro amm. CDS*, 3219 ss.;
- SCOTTI E., voce “*Servizi pubblici locali*”, in *Dig. Disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2012;
- SCOTTI E. *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di stato e diritti fondamentali*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, 173 ss.;
- SCHLESINGER P., *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, 126 ss.;
- SGUEGLIA G., *Partner privato e gestore del servizio si scelgono con due gare pubbliche*, in *Guida al diritto*, 2006, 91 ss.;
- SEBASTIANI M., *Il contratto di servizio*, in VIGNERI A. e SEBASTIANI M. (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli ed., Santarcangelo di Romagna, 2016, 291 ss.;
- SENA G., *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 43 ss.;
- SESSA V., *Il partenariato pubblico-privato*, in *giustamm.it, on-line*;
- SICLARI D., “*Creating value on the market and into society*”: *le c.d. benefit corporation nel contesto della strategia di Europe 2020 per una crescita smart, inclusiva e sostenibile*, in OLIVIERI G. e FALCE V. (a cura di), *Smart cities e diritto dell'innovazione, Quad. Giur. comm.*, Milano, 2016, 171 ss.;
- SIGISMONDI G., *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52 ss.;
- SIMONE P., *Appalti pubblici: contratto misto e possibile esenzione applicative delle norme CE*, in *Contr.*, 2000, 297 ss.;
- SIMONETTI H., *L'art. 2497 e la responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci e creditori sociali della società eterodiretta: un rimedio risarcitorio*, in *Società*, 2016, 25 ss.;
- SINA G., *Fallibilità delle società pubbliche in house: una questione riaperta (o una falsa questione)? Tra l'incidenza delle nuove direttive U.E. in tema di in house providing e la (in)validità delle relative clausole societarie* in *Riv. dott. comm.*, 2016, 102 ss.;
- SINISI V., *Sub art. 110*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida ANAC*, Dike ed., Bari, 2016, 454 ss.;
- SOLINAS C., *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impresa*, 2010, 1368 ss.;
- SOLINAS C., *La tutela del consumatore nei contratti di fornitura di energia elettrica*, in *Contr. impresa*, 2015, 435 ss.;
- SORACE D., *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, 205 ss.;
- SORACE D., *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 357 ss.;
- SORACE D., *I servizi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 583 ss.;
- SORACE D., *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon, on-line*;
- SORACE D., *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.;
- SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in FORTUNATO S., GIANNELLI G., GUERRERA F. e PERRINO M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo*, Milano, 2011, 533 ss.;
- SORDI B., *Origine e itinerari scientifici della nozione di “ente pubblico” nell'esperienza italiana*, in CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 3 ss.;
- SCIUTO M., SPADA P., *Il tipo della società per azioni*, *Trattato delle società per azioni diretto da Colombo G.E. e Portale G.B.*, 1\*, Torino, 2004, 3 ss.;
- SPADONI B., *I servizi pubblici locali. Dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*;
- SPAMPINATO B., *L'accesso dei privati al mercato dei servizi pubblici*, *Gior. dir. amm.*, 2015, 467 ss.;

- SPOLIDORO M.S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 457 ss.;
- SPOLIDORO M.S., voce “*Capitale sociale*”, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 195 ss.;
- SQUARATTI V., *I limiti imposti dal diritto dell’unione europea all’intervento pubblico nell’economia: la neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale*, in *Dir. comm. inter.*, 2014, 1073 ss.;
- STAMMATI S., *Gli enti pubblici fra l. n. 70 del 1975 ed il d.p.r. n. 616 del 1977*, in *Foro amm.*, 1978, 375 ss.;
- STANGHELLINI L., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss.;
- STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 1222 ss.;
- STASIE., *L’esercizio provvisorio*, in *Fall.*, 2007, 853 ss.;
- TARAMASSO A., *Il processo di privatizzazione e di liberalizzazione e il diritto comunitario in materia di aiuti di Stato e di concorrenza*, in *Dir. comm. inter.*, 1995, 933 ss.;
- TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull’azienda*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato, Impresa e lavoro*, tomo IV, Torino, 1983, 3 ss.;
- TERRANOVA G., *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, 1 ss.;
- TESSARO T., *Sub art. 7*, in D’ARIES C. - GLINIANSKI S. - TESSARO T. (a cura di), *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Maggioli ed., Santarcangelo di Romagna, 2016, 68 ss.;
- TISCINI R. – LISI P., *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell’equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in FIMMANÒ F. – CATRICALÀ A., *Le società pubbliche*, Giapeto ed., Napoli, 2016, 793 ss.;
- TIZZANO A., TODINO M., *Diritto comunitario della concorrenza (1° gennaio - 30 giugno 1994)*, in *Dir. com. internaz.*, 1995, 401 ss.;
- TOFFOLETTO A., *Note minime a margine di Laudato si’*, in *Società*, 2015, pp. 1203 ss.;
- TONELLO M., *La dottrina del piercing the veil nell’american corporate law*, in *Contr. impr.*, 1998, 165 ss.;
- TRAPANI G., *Le società di trasformazione urbana*, in *Notariato*, 2015, 577 ss.;
- TREBASTONI D.F.G., *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in *Foro amm.-CDS*, 2007, 344 ss.;
- TRENTINI C. (a cura di), *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2016, 719 ss.;
- TREVES G., voce “*Azienda (dir. pubbl.)*”, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959;
- TRIGGIANI E., *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, 9 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 945 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 1063 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 339 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.;
- TROCCOLI A., voce “*Municipalizzazione dei servizi pubblici*”, in *Noviss. Dig.*, vol. X., Torino, 1964, 999 ss.;
- TRONCI L., *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, in *Giur. comm.*, 2013, 1269 ss.;
- TRUBIANI F., *Una “storica” sentenza: (finalmente) la prima azione di classe ex art. 140 bis c. consumo andata a segno*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 2013, 919 ss.;
- TUMBIOLO R., *La cessione delle infrastrutture idriche a società patrimoniali*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 241 ss.;
- UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., Padova, 2007;
- URSI R., *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss.;
- URSI R., *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell’attività delle società “in house”* in *Foro it.*, 2006, parte IV, col. 512;
- URSI R., *Il patrimonio delle società a capitale pubblico*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione. Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, 2008, 131 ss.;
- URSO M., *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 1417 ss.;

- VALAGUZZA S., *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2014, 83 ss.;
- VALENSISE P., *Sub art. 182-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Liquidazione coatta amministrativa*, tomo III, Torino, 2010, 2249 ss.;
- VALENSISE P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.: spunti per una possibile prosecuzione del dibattito sull'inquadramento*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. II, Bari, 2011, 1485 ss.;
- VALENSISE P., *Sub art. 182-bis*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, 395 ss.;
- VALENSISE P., *Sub art. 182-quater*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, 446 ss.;
- VALENSISE P., *Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall.*, in SANDULLI M. e D'ATTORRE G. (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare. Aggiornato alla legge 30 giugno 2016, n. 119*, Torino, 2016, 287 ss.;
- VALERI G., *Brevi note per lo studio del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 46 ss.;
- VELLUZZI V., *Sub art. 14 disposizioni sulla legge in generale*, in BARBA A., PAGLIANTINI S. (a cura di), *Commentario del codice civile, Delle persone*, vol. I, *Disposizioni sulla legge in generale*, Torino, 2012, 215 ss.;
- VELTRI G., *In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE*, in *Urb. e app.*, 2015, 655 ss.;
- VERNA G., *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182-bis, legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2007, 942 ss.;
- VERNILE S., *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1519;
- VESSIA F., *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Dir. ind.*, 2008, 31 ss.;
- VESSIA F., *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2012, 647 ss.;
- VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2015, 142 ss.;
- VESSIA F., *Società in house providing vs concorrenza*, in *Relazione al VII Convegno Orizzonti del Diritto commerciale*, 2016;
- VIGNOLI F., *La nozione mobile di ente pubblico ex art. 1 l. fall.*, in *ifallimentarista.it, on-line*;
- VISENTINI G., *Le filosofie della società per azioni e l'esperienza italiana*, in *Giur. comm.*, 2015;
- VOLPE C., *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e app.*, 2010, 38 ss.;
- VOLPE C., *Il lungo e interrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *giustamm.it*, 2013;
- VOLPE C., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'In House Providing: problemi vecchi e nuovi*, in *www.giustamm.it*, 2015;
- VINCRE S., *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, 126 ss.;
- VISAGGIO G., *Fallimento (art. 110, d.lgs. n. 50 del 2016)*, in GAROFOLI R. – FERRARI G. (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Nel diritto ed., Roma, 2016, 759 ss.;
- VITALI M. L., *Finanza «ponte», finanza «in esecuzione» e «interinale» (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contr. impresa*, 2015, 167 ss.;
- VIVANI C., *I contratti di servizio fra diritto pubblico e privato*, in *Urb. e app.*, 2011, 355 ss.;
- WEIGMANN R., *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, Società*, Milano, 2005, 4084 ss.;
- ZANICHELLI V., *L'amministrazione straordinaria*, in FAUCEGLIA G. – PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2009, 2010 ss.;
- ZINGALES U.G., *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 246 ss.

## BIBLIOGRAFIA MONOGRAFIE/MANUALISTICA

- AA. VV., *Diritto delle imprese. Manuale breve*, Milano, 2012;
- AGUGLIA E., *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2001;
- ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, ed. II, Milano, 1956;
- AMATO G., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Il Mulino, Bologna, 2014;
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. XI, tomo I, Padova, 2008;
- AMENDOLA G., *Fascismo e movimento operaio*, Editori Riuniti, Roma, 1975;
- AMOROSO B., OLSEN O. J., *Lo stato imprenditore*, Laterza, Roma-Bari, 1978;
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, (a cura di) GROSSO C.F., ed. XV, Milano, 2008;
- APPIO C. L., *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012;
- ARATO M., *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013;
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, III ed., Milano, 1960;
- ASTEGIANO G., *Società pubbliche. Insolvenza e responsabilità*, Ipsoa ed., Milano, 2015;
- BALDI C. E., *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. Manuale critico ad uso delle amministrazioni e delle imprese*, Maggioli ed., Santarcangelo di Romagna, 2016;
- BASSI F., *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, 1957;
- BONFATTI S., CENSONI P.F. (a cura di), *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Padova, 2007;
- BORGONOVÌ E., *L'impresa pubblica*, Milano, 1979;
- BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015;
- BUTTARO L., *Corso di diritto commerciale I. Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, (a cura di) CASTELLANO M. - VESSIA F., Torino, 2015;
- CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008;
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, (a cura di) CAMPOBASSO M., Torino, 2014;
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, II, Diritto delle società*, (a cura di) CAMPOBASSO M., Torino, 2013;
- CAPALDO P., *L'azienda. Centro di produzione*, Milano, 2013;
- CARACCIOLÒ A., *Stato e società civile. Problemi dell'unificazione italiana*, Einaudi, Torino, 1971;
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Dike giuridica ed., Roma, 2016;
- CASCIONE C.M., *Il diritto privato dei beni pubblici. Modelli di appartenenza e circolazione*, Bari, 2013;
- CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Ed. di Comunità, Milano, 1962;
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, IV ed., Milano, 2011;
- CIANCIE., *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Mursia, Milano, 1977;
- CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010;
- CIRENEI M. T., *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983;
- CODAZZI E., *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività". Profili in tema di responsabilità*, Milano, 2012;
- CORSO G., *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, Roma Tre - Press, 2014;
- COTTINO G., *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche*, vol. I, tomo II, Padova, 1987;
- COURREGES M., *Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève*, Anne Rideau ed., 2015;
- DE CORAIL JEAN-LOUIS, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954;
- DE FELICE R., *Mussolini il duce, I, gli anni del consenso*, Einaudi, Torino, 2007;
- DE GREGORIO A., *Corso di diritto commerciale: imprenditori, società*, VII ed., Dante Alighieri ed., Milano, 1967;
- DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008;

- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. IV, Milano, 1930;
- DI SABATO F., *Diritto delle società*, (aggiornato da) BLANDINI A., III ed., Milano, 2011;
- DONATIVI V., *La nomina pubblica alle cariche sociali*, in *Trattato di diritto commerciale fondato da Buonocore V.*, diretto da Costi R., Torino, 2010;
- DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza. Aggiornata al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*, Ipsa ed., Milano, 2016;
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel. Tome cinquième. Les libertés publiques*, XII ed., Parigi, 1925;
- EBERLE C., *Le società pubbliche e il testo unico sulle partecipate. Appunti per un primo inquadramento dogmatico, per alcuni profili operativi anche con riferimento alle possibili interferenze con il diritto societario e della crisi d'impresa*, Padova, 2016;
- FABBIO PH., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Esi ed., Napoli, 2011;
- FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, XIV ed., Milano, 2009;
- FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2011;
- FIENGO C., *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Esi ed., Napoli, 2009;
- FIMMANÒ F., *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2000;
- FIMMANÒ F., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2008;
- FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2008;
- GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010;
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, Il mulino, Bologna, 2010;
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2014;
- GAMBINO A. M., *Beni extra mercato*, Milano, 2004;
- GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998;
- GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Nel diritto ed., 2015;
- GIANNELLI G., *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000;
- GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977;
- GIUGNI G., *Diritto sindacale*, aggiornato da BELLARDI L., CURZIO P., LECCESE V., Bari, 2014;
- GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004;
- GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, XIII ed., Padova, 2007;
- GRUNER G., *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009;
- GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009;
- HOBBSAWM E. J., *Il secolo breve, 1914-1991*, BUR, Milano, 2014;
- IAIONE C., *Le società in house degli enti locali*, Roma, 2006;
- IBBA C., *Le società «legali»*, Torino, 1992;
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Laterza, Roma - Bari, 2009;
- JAEGER P. G., *L'interesse sociale*, Milano, 1964;
- LA FRANCESCA S., *La politica economica del fascismo*, Laterza, Bari - Roma, 1972;
- LAMANDINI M., *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 1995;
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014;
- LOFFREDO E., *Economicità e impresa*, Torino, 1999;
- MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998;

- MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003;
- MANGINI V., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, IV ed., Torino, 2012;
- MARASÀ G., *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984;
- MARTUCCI K., *Profili di diritto singolare dell'"impresa"*, Milano, 2013;
- MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, III ed., Bologna, Monduzzi ed., 2001;
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012;
- MICHELS R., *Storia critica del movimento socialista italiano: dagli inizi fino al 1911*, Firenze, 1926;
- MINERVINI G., *Concorrenza e consorzi*, II ed., in GROSSO G. e SANTORO - PASSARELLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Vallardi, Milano, 1965;
- MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Morano ed., Napoli, 1966;
- MIRABELLI G., *La locazione*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VII, Torino, 1972;
- MONTALENTI P., *Persona giuridica, Gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999;
- MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009;
- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001;
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005;
- NOTARI M., *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, Milano, 1996;
- PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2010;
- PENTA A., *La Liquidazione dell'attivo fallimentare. Orientamenti giurisprudenziali, indirizzi dottrinari e soluzioni pratiche*, Padova, 2016;
- PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2001;
- PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007;
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007;
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, *Rist. anastatica*, Padova, 2014;
- PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Milano, 1974;
- RAGUSA MAGGIORE G., *Diritto fallimentare*, Morano ed., Napoli, 1974;
- RAGUSA MAGGIORE G., *Imprenditore, impresa, fallimento*, Padova, 1979;
- RANGONE N., *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1999;
- RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997;
- RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004;
- RINALDI R., *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 2011;
- RIVOLTA G.C.M., *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969;
- RIVOLTA G.C.M., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973;
- RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012;
- ROSSI ANT., *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2013;
- ROSSI GIAMP., *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991;
- ROSSI GIAMP., *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2015;
- RUSSO P., *Crisi e risanamento nelle imprese a partecipazione statale*, EGEA ed., Milano, 1991;
- SANDULLI M., D'ATTORRE G., *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, 2016;
- SANTAGATA R., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in SCHLESINGER P. (fondato da), BUSNELLI F. D. (continuato da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2014;



- SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da Vincenzo Buonocore*, Torino, 2009;
- SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996;
- SCOTTI E., *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003;
- SIMONETTO E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959;
- STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino ed., Bologna, 2007;
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civile e commerciale*, già diretto da CICU A. e MESSINEO F., continuato da MENGONI L., vol. I, Milano, 1980;
- TERRANOVA G., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013;
- TONIOLO G. (a cura di), *L'economia italiana nel periodo fascista*, Il Mulino, Bologna, 1976;
- TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Ipsoa ed., Milano, 2012;
- VALENSISE P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012;
- VERRUCOLI P., *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964;
- VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, V ed., Milano, 2008;
- VINTI S., *La circolarità logica del diritto amministrativo: decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014;
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, I principi*, 1, III ed., Milano, 1993;
- VISALLI N., *Locazione d'immobile ed affitto d'azienda. Contributo allo studio della teoria giuridica dell'azienda*, Jovene ed., Napoli, 1969.