



**Maria Vittoria Ferroni\***

## **Le procedure concorsuali nel testo unico delle società a partecipazione pubblica\*\***

SOMMARIO: 1.Premessa. - 2.Cenni al dibattito sull'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica ed a controllo pubblico alle procedure concorsuali - 3. La legge delega, la formulazione dell'articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 e la proposta di un regime derogatorio per le società a controllo pubblico- 4. Le procedure concorsuali applicabili alle società a partecipazione pubblica: a) la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza; b) il concordato preventivo; c) la procedura fallimentare – 5.1. Le misure previste dall'articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 prima dell'apertura delle procedure concorsuali per le società a controllo pubblico: le procedura di allerta. 5.2. Il regime speciale degli interventi delle amministrazioni socie a favore delle società partecipate – 6. Conclusioni e prospettive

### **1.Premessa**

L'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica ed a controllo pubblico alle procedure concorsuali è stata prevista dall'articolo 14 del testo unico delle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175 del 2016<sup>1</sup>).

La formulazione di tale norma è stata sofferta<sup>2</sup> e non scontata (soprattutto per le società *in house*) stante il delicato equilibrio tra tutela dell'interesse pubblico e regole privatistiche.

---

\* Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza di Roma.

\*\* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

<sup>1</sup> Sul Testo delle società a partecipazione pubblica cfr. R. MICCÙ (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche. Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, Jovene editore, 2019; C. IBBA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, Milano, Giuffrè, 2019; F. CERIONI – G. PIPERATA, *La disciplina delle società a partecipazione pubblica dopo il correttivo del 2017: le principali novità*, Milano, Giuffrè, 2017; M. LACCHINI – C. ALESSIO MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico: verso un nuovo paradigma pubblico privato*, Torino, Giappichelli, 2017.

<sup>2</sup> Nel corso dei lavori preparatori si era disegnata una gestione delle crisi di impresa delle società a controllo pubblico ispirata al modello di gestione delle crisi delle società bancarie “ossia di società che, seppure private, nell'esercizio dell'attività che ne costituisce l'oggetto mettono in gioco interessi generali e pertanto sono soggette a forme di controllo di tipo pubblicistico” (G. GUIZZI – M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in G. GUIZZI, (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, Milano, 2017, p. 277).

Prima di soffermarsi più nel dettaglio sulle procedure concorsuali, occorre ricordare il contesto da cui la disposizione legislativa è derivata.

Se la possibilità di utilizzare le società a partecipazione pubblica ed a controllo pubblico (ed in particolare le *in house*) per la gestione dei servizi pubblici si è rivelata in alcuni casi una scelta virtuosa e rispondente ai criteri di efficienza ed economicità, in altri (soprattutto per i Comuni) ha costituito una modalità per aggirare i vincoli posti alla gestione delle risorse pubbliche ed ha generato numerosi casi di inefficienze o situazioni di ingenti perdite economiche, tanto da spingere il legislatore verso una riforma, a partire dal 2006, con l'obiettivo di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza. Ossia il proliferare delle società a partecipazione pubblica non necessariamente produttive e non indispensabili per perseguire fini istituzionali dell'ente è stato ritenuto il risultato di una cattiva regolazione al quale porre un freno, almeno dal 2006<sup>3</sup>. Di tale obiettivo il d.lgs. n. 175 del 2016 appare essere espressione. Infatti la tutela della concorrenza insieme alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica è un profilo centrale come si evince dall'articolo 1 del d.lgs. n. 175 del 2016: “Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica”.

Questa previsione di principio appare essere, a mio avviso, sia all'origine dell'obbligatorietà della razionalizzazione<sup>4</sup> delle società a partecipazione ed a controllo

<sup>3</sup> Cfr. Parere del Consiglio di Stato. Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016. N. 00438/2016 avente ad oggetto: Dipartimento per la semplificazione e la pubblica amministrazione Schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>4</sup> La razionalizzazione (o riduzione) delle società partecipate è stata prevista dagli articoli 20 e 24 del d.lgs. n.175/2016 in combinato disposto con gli articoli 4 e 5. In particolare il legislatore ha duplicato il processo di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche attraverso la previsione di un piano *straordinario* (articolo 24) da redigere *una tantum* e di un piano *ordinario* da redigere con cadenza annuale (G. ROMA, *Ambiti d'intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in R. MICCÙ (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche. Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, Jovene editore, 2019, 35 e ss.) Per quanto riguarda il piano straordinario (C. PETTINARI, *I piani di razionalizzazione*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, Giuffrè, 2017, 428-452), le amministrazioni sono state obbligate, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (e quindi entro il 23 marzo 2017) ad una ricognizione straordinaria (da effettuare mediante l'adozione di un provvedimento motivato secondo l'articolo 24 del citato decreto), di qualsiasi forma di partecipazione societaria, sia diretta che indiretta, in relazione alla quale doveva essere vagliata sia la funzione, sia la necessità per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente. Tali scelte inoltre dovevano essere motivatamente vagliate (obbligo di motivazione analitica) “in ordine alla convenienza economica e alla sostenibilità finanziaria dell'operazione societaria” (art. 5) anche con riguardo “alla compatibilità dell'intervento finanziario con le norme dei Trattati Europei e in particolare con la disciplina in tema di aiuti” (H. BONURA – G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2016, 274 e ss.).

Il piano *ordinario* introdotto con l'art. 20 del Testo Unico rubricato come “*Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche*” ha previsto l'obbligo per le amministrazioni di effettuare annualmente, entro il 31 dicembre (adottando un provvedimento) una ricognizione motivata delle società nelle quali gli enti detengono una partecipazione e, in base alla congruità di tali partecipazioni con il d.lgs. n. 175 del 2016, provvedere all'eventuale adozione di misure di dismissione, alienazione, fusione. I criteri di razionalizzazione sono indicati all'articolo 20 comma 2 del d.lgs. n. 175 del 2016: a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4; b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) partecipazioni

pubblico (ai sensi degli articoli 20 e 24 del d.lgs. n. 175 del 2016), il cui mantenimento o costituzione deve essere provato con una motivazione analitica<sup>5</sup>, sia della decisione di sottoporre tali società alle medesime procedure concorsuali previste per le società di diritto comune (articolo 14 del d.lgs. n.175 del 2016), non prevedendo deroghe neppure per le società *in house* (che erano state fortemente auspiccate sia dal parere del Consiglio di Stato che dalla Commissione Bilancio della Camera dei Deputati).

A conferma gli articoli 6 e 14 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica prevedono sia la necessità di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, sia delle particolari regole di allerta della crisi che divieti di ripianamento delle perdite (derogatori rispetto alle società di diritto comune), la cui *ratio* sembra proprio riferibile ad un disfavore del legislatore nei confronti della permanenza di società a controllo pubblico in perdita, al fine di tutelare la concorrenza ed una sana gestione delle risorse pubbliche.

---

in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento; g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.

<sup>5</sup> L'onere di motivazione analitica per costituire o mantenere una società a partecipazione pubblica è previsto dall'articolo 5 del d.lgs. n. 175 del 2016. Inoltre una motivazione analitica rinforzata è richiesta nei confronti delle società *in house*. In particolare l'articolo 16 ultimo comma del d.lgs. n. 175 del 2016 richiama l'articolo 192 del codice dei contratti pubblici, prevedendo un obbligo motivazionale rinforzato: “[a]i fini dell'affidamento *in-house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza”, richiedendo che le Amministrazioni effettuino “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”.

Quindi, come condiviso anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (parere S.3030 del 31.10.2017 in relazione all'ATAC), al fine di considerare legittima la scelta di affidare il servizio in via diretta ad un'impresa soggetta a controllo analogo, occorre dimostrare non solo la sussistenza dei presupposti per l'autoproduzione ma anche il raggiungimento di livelli minimi di efficienza simili a quelli che sarebbero conseguiti a seguito dello svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica. Di recente sul tema è intervenuta anche la Corte Costituzionale con sentenza n. 100 del 27 maggio 2020, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), la quale, inserendosi nel dibattito sulla natura eccezionale o generale dell'affidamento *in house*, ha rigettato, in riferimento all'articolo 192 comma 2 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (sospettato di incostituzionalità da parte del TAR Liguria nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house* di un contratto, “delle ragioni del mancato ricorso al mercato”, per contrasto con l'art. 76 della Costituzione) il ricorso, ritenendo che la norma del codice dei contratti pubblici sia espressione di una linea restrittiva nei confronti della scelta dell'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali. L'articolo 192 comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 avrebbe una funzione di promozione della concorrenza. L'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato risponderebbe agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza. In sostanza si è fortemente aggravato l'onere motivazionale in capo agli enti pubblici che intendano far ricorso ad un affidamento *in house*, poiché, prima di porlo in essere, la Pubblica Amministrazione deve sia valutare la congruità economica dell'offerta sia dell'oggetto e del valore della prestazione oltre che del c.d. “fallimento del mercato”.

## 2. Cenni al dibattito sull'assoggettività delle società a partecipazione pubblica ed a controllo pubblico alle procedure concorsuali

L'assoggettività delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali, è stato oggetto di un dibattito<sup>6</sup> che si è sviluppato partendo da quanto disposto dall'articolo 1, comma 1, del Regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267: “Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”.

Se la Corte di Cassazione sin dal 1979<sup>7</sup> ha ritenuto che la partecipazione di un ente pubblico al capitale sociale non comporti la sottrazione delle società partecipate alle procedure concorsuali<sup>8</sup> (come un imprenditore commerciale) e successivamente la Suprema Corte<sup>9</sup> e parte della giurisprudenza di merito<sup>10</sup> hanno ribadito tale posizione; tuttavia parte della dottrina e della giurisprudenza hanno messo in discussione tale ricostruzione a seguito della comparsa, in ambito comunitario, della nozione di organismo di diritto pubblico<sup>11</sup>. Le tesi sia della dottrina che della giurisprudenza che hanno escluso la fallibilità delle società in mano pubblica sono riconducibili al metodo tipologico pubblicistico; ed al metodo funzionale.

<sup>6</sup> Per un approfondimento dottrinale, tra gli altri, I. DEMURO, *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, in *AGE*, 2/2015, p. 557 e ss.; C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità della società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 511 ss.; G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 493 e ss.; L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, I, p. 603 e ss.; R. RODORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le Società*, 2013, p. 1326 e ss.; L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 603 e ss.

<sup>7</sup> Cass., 10 gennaio 1979, n. 58 in *Fall.*, 1979, p. 593: “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 - per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, 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”.

<sup>8</sup> Secondo la dottrina (G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica, op. ult. cit.*, p. 493 - 494) l'assoggettamento a fallimento delle società in mano pubblica deriverebbe sia dalla constatazione che le società, anche se partecipate dall'ente pubblico, non mutano la propria natura giuridica di diritto privato, rimanendo pertanto soggette a fallimento ai sensi dell'articolo 1 della legge fallimentare, sia dalla formulazione dell'articolo 4 della legge n. 70 del 1975 in forza del quale nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge. Nonché deriverebbero anche dal rilievo che l'esenzione dalle procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica pregiudicherebbe sia l'interesse dei creditori, sia l'interesse pubblico, sia potenzialmente l'interesse della stessa società.

<sup>9</sup> Anche successivamente la Corte di Cassazione ha confermato la sottoposizione al fallimento delle società a partecipazione pubblica: cfr., ad esempio, Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1273 con nota di L. BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda* (pp. 1273-1289).

<sup>10</sup> Si veda anche, per l'assoggettamento a fallimento delle società *in house*: Corte di Appello di Napoli, 27 maggio 2013 n.346, in *Il Fallimento*, 10/2013, p. 1290 con nota di F. FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, p. 1296 e ss.

<sup>11</sup> Nonostante il carattere settoriale della nozione di organismo di diritto pubblico nell'ambito degli appalti pubblici, tale visione sostanzialistica è stata recepita ed utilizzata per attribuire natura pubblica ad entità di diritto privato esercenti attività commerciali per fini di interesse generale, tramite il riferimento al concetto di neutralità delle forme degli organismi partecipati (E. SCIARRA, *Le società pubbliche e le crisi d'impresa: caratteri, limiti e incertezze di una riforma provvisoria*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 16 novembre 2018, p. 8) secondo il quale: “l'insinuarsi del principio di “neutralità” delle forme interrompe così, seppur parzialmente, il nesso logico diretto che legava l'assunzione della forma societaria all'integrale applicazione del corrispondente regime di diritto comune, sino ad allora perno irrinunciabile dell'impostazione tradizionale”(p.9).



Il metodo tipologico pubblicistico<sup>12</sup>, muovendo dalla concezione “sostanzialistica”<sup>13</sup> ha ritenuto che si dovesse procedere ad una riqualificazione della società quale ente pubblico qualora in essa fossero riscontrabili gli indici rilevatori di una sostanza pubblicistica (es. la detenzione della maggioranza del capitale sociale da parte di un ente pubblico, l’influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società) tale da determinarne l’esclusione dal fallimento (e dal concordato preventivo) alla luce dell’articolo 1 della legge fallimentare. La posizione è stata peraltro accentuata con riferimento alle società *in house* rispetto alle quali, oltre alla giurisprudenza amministrativa, anche quella di merito<sup>14</sup> e della Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>15</sup> hanno ritenuto che siffatta forma organizzativa non sembrasse in grado di allocare le società *in house* come un’entità posta al di fuori dell’ente pubblico (costituendo, in realtà, articolazione della pubblica amministrazione da cui promana) presentando della società solo la forma esteriore.

Il metodo funzionale<sup>16</sup>, invece, rinunciando alla qualificazione della società a partecipazione pubblica, si è proposto di individuare la concreta disciplina pubblicistica o privatistica applicabile, nonché l’interesse perseguito attraverso la società e di conseguenza gli interessi pubblici tutelati, esonerandola dalle procedure concorsuali laddove affidataria di un servizio pubblico essenziale che sarebbe pregiudicato dalla dichiarazione di fallimento<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. quale più risalente precedente giurisprudenziale in cui si ricorre all’approccio tipologico-pubblicistico per giustificare il non assoggettamento al fallimento, Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. fall., decr. 9 gennaio 2009, in *Il Fallimento*, p. 713 e ss. con nota di G. D’ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, p. 715 e ss.

<sup>13</sup> E. CODAZZI, *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2015, I, p. 77.

<sup>14</sup> Cfr. *ex multis*, Trib. Verona sent. n. 651 del 19.12.2013; Trib. Napoli, sent. 9.01.2014, n.1097; Corte d’appello L’Aquila, sent. 2.03.2015, n.304.

<sup>15</sup> Cass., sez. un. Civ. 25 novembre 2013, n. 26283, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it): “La società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare invece in grado di collocarsi come un’entità posta al di fuori dell’ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l’affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.); di talché “l’ente in house non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa” (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.). Il velo 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”.

<sup>16</sup> Cfr. App. Torino, sez. I, decr. 15 febbraio 2010, in *Giur. it.*, 2010, p. 1317; L. MONTONATO, *Ammissibilità alla procedura di amministrazione straordinaria di una società totalmente partecipata esercente un servizio pubblico essenziale (note a Trib. Foggia, 1 settembre 2011; App. Bari, 25 ottobre 2011)*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, p. 239 e ss.; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Giurisp. comm.*, 2015, II, p. 124 e ss. con nota di G. MULAZZANI, *Presupposti di fallibilità delle società in mano pubblica e concordato preventivo*.

<sup>17</sup> Secondo G. D’ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, cit., p. 499: “L’applicazione di questo metodo alla materia fallimentare conduce ad affermare l’esenzione dal fallimento per le società in mano pubblica che presentino il carattere della “necessità”, nel senso che la loro esistenza è considerata necessaria dall’ente territoriale in ragione dello svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi (es. servizio di raccolta rifiuti; servizio di trasporto pubblico). Quando una società in mano pubblica riveste carattere necessario per l’ente territoriale in un determinato momento, si profila, infatti, un’oggettiva incompatibilità tra l’eventuale suo assoggettamento a procedura fallimentare e la tutela degli interessi pubblici”. V. anche M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell’interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, p. 561 e ss.

### 3. La legge delega, la formulazione dell'articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 e la proposta di un regime derogatorio per le società a controllo pubblico.

L'articolo 18, comma 1 lett. a) della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 aveva previsto la possibilità, nell'ambito del procedimento di riordino, di introdurre deroghe alla disciplina privatistica anche in materia di crisi d'impresa, indicando come limite il rispetto del principio di proporzionalità rispetto al fenomeno da regolare. Malgrado tale previsione, il legislatore delegato ha compiuto una scelta netta e precisa. L'articolo 14, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016<sup>18</sup> ha infatti disposto l'applicazione a tutte le società a partecipazione pubblica ed a controllo pubblico, senza distinzioni, delle disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo, e, laddove ne ricorrano i presupposti dimensionali, di quella in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, superando, al momento, il dibattito sull'assoggettabilità o meno delle società in mano pubblica alle procedure concorsuali<sup>19</sup>.

Prima del testo definitivo della legge era stata proposta una formulazione dell'articolo 14 comma 8 del d.lgs. n. 175 del 2016 che prevedeva un regime in parte derogatorio per le società a controllo pubblico ed in particolare per le società *in house* (che sono soggette a controllo analogo)<sup>20</sup>: “In caso di insolvenza di una società a controllo pubblico si applica l'articolo 196<sup>21</sup> del regio decreto 16 marzo 1942, n.267, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza”.

<sup>18</sup> L'articolo 14 del testo unico del d.lgs. n. 175 del 2016 sembra ispirato all'articolo 4, comma 13 del d.l. 95/2012 (convertito in l. 135 del 2012) il quale aveva già disposto, a valle di un articolato dibattito dottrinale, la possibilità di applicare le regole civilistiche alle società a partecipazione pubblica. Si rinvia sul punto a S. VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2014, p. 862.

<sup>19</sup> Si è trattato di una scelta difficile perché, almeno per le società a controllo pubblico, era stato proposto un modello ispirato alla gestione delle crisi delle società bancarie, G. GUIZZI – M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 277.

<sup>20</sup> Sul controllo analogo E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, in *Il diritto dell'economia*, n.2/2019, p. 127 e ss. Il controllo analogo è definito dall'articolo 2 comma 1 lett. c) del d.lgs. n. 175 del 2016 come: “la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”.

Inoltre la successiva lettera d) riguarda il controllo analogo congiunto: “la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”. Infine l'articolo 2 comma 1 lett. o) definisce le «società in house» quali “le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto”. L'articolo 2 è da leggere in combinato con l'articolo 16 del d.lgs. n. 175 del 2016 che disciplina le società *in house*: “1. Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”.

<sup>21</sup> La liquidazione coatta amministrativa (che si caratterizza perché destinata a svolgersi sotto il controllo dell'autorità amministrativa e non di quella giudiziaria) è divenuta di applicazione generale per gli enti pubblici insolventi.

Secondo questo impianto, le società a controllo pubblico insolventi sarebbero state sottoposte o alla liquidazione coatta amministrativa o alla disciplina dell'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza entrambe caratterizzate dallo svolgimento della procedura sotto la vigilanza dell'autorità amministrativa e dal rilievo attribuito al perseguimento dell'interesse pubblico. La soluzione (che era motivata dal tentativo di dare risposta alle preoccupazioni espresse dagli aderenti all'indirizzo funzionale, cui sopra si è accennato) è stata respinta in blocco, non tenendo neppure in considerazione una diversa disciplina almeno per le *società in house* (del tutto consentita dalla norma delegante) di immaginare statuti differenziati in relazione al diverso grado di intensità del controllo pubblico. E neppure le osservazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere n. 968 del 21 aprile 2016: «la Commissione si limita a segnalare come l'art. 18, comma 1, lettera i) della legge delega preveda la «possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento». Si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società *in house*».

Come anche il parere reso dalla Commissione Bilancio della Camera dei Deputati il 27 luglio 2016, che aveva invitato (punto 15 commissione di bilancio) il Governo a valutare «l'opportunità di introdurre per le società *in house* o strumentali, in ragione della peculiarità del loro assetto organizzativo, un sistema di gestione della crisi d'impresa diverso dall'applicazione integrale della disciplina del fallimento prevista per le altre società a partecipazione pubblica»<sup>22</sup>.

Il problema della qualificabilità in termini di società delle «*in house*» aveva indotto parte della dottrina<sup>23</sup> a ritenere che l'articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 non gli si applicasse. Tuttavia la conferma dell'estensione soggettiva anche alle società *in house* sembra fondarsi sulla lettura in combinato disposto del comma 1 con il comma 6 dell'articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 (che appare riferirsi proprio ad esse): «6. 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», come confermato anche dalla Corte di Cassazione<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Peraltro il profilo di specialità della disciplina delle società pubbliche è stato confermato dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155». (GU n. 38 del 14-2-2019 - Suppl. Ordinario n. 6.

L'articolo 1 rubricato (Ambito di applicazione) ha previsto al comma 2 che «Sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche».

<sup>23</sup> C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in AA.VV., *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, p. 15 ss.

<sup>24</sup> Anche la Corte di Cassazione nella sentenza del 7 febbraio 2017 n. 3196 (in *www.dejure.it*) sembra avere confermato la possibilità di sottoposizione a fallimento dell'articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 alle società *in house*.

#### 4. Le procedure concorsuali applicabili alle società a partecipazione pubblica: a) la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza; b) il concordato preventivo; c) la procedura fallimentare

La sottoposizione delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali già previste per le società di diritto comune non è neutrale in quanto, secondo la procedura prescelta (procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, concordato preventivo, procedura fallimentare), sussisteranno differenti problematiche derivanti dall'equilibrio tra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi dei creditori.

##### a) *La procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*

La procedura che più si avvicina alle peculiarità derivanti dal rilievo dell'interesse pubblico rispetto a quello del ceto creditorio (soprattutto nel caso di società che svolgono un servizio pubblico essenziale) è la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza che è una procedura concorsuale connotata da un rovesciamento della scala dei valori protetti nell'ambito del fallimento e del concordato preventivo. Se per essi l'elemento essenziale risiede nella soddisfazione dei crediti e nella ristrutturazione dei debiti, il cuore della disciplina dell'amministrazione straordinaria è la tutela dei complessi produttivi ed il mantenimento dei livelli occupazionali. Ossia il soddisfacimento degli interessi generali ha in questo caso una netta preponderanza sugli interessi individuali delle parti nei rapporti giuridici, in quanto l'obiettivo principale è l'interesse pubblico della salvaguardia dell'occupazione e della continuità dell'impresa mentre dell'interesse dei creditori occorre solo "tenere conto" (come stabilito dall'articolo 55 del d.lgs. n. 270 del 1999)<sup>25</sup>.

La procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ha come obiettivo principale l'interesse pubblico della salvaguardia dell'occupazione e della continuità dell'impresa<sup>26</sup>, non rivestendo carattere centrale l'interesse dei creditori. Ossia il soddisfacimento degli interessi generali ha, in questo caso, una netta preponderanza sugli interessi individuali delle parti nei rapporti giuridici.

Alla procedura di amministrazione straordinaria in stato di insolvenza<sup>27</sup> però si può accedere solo in presenza di determinati requisiti dimensionali previsti dalla legge: ossia, per

---

<sup>25</sup> La centralità dell'interesse pubblico nella procedura di amministrazione straordinaria è stato confermato dalla giurisprudenza amministrativa: "L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, procedura equiparata per legge alla liquidazione coatta amministrativa, ancorchè utilizzi strumenti di carattere privatistico, risponde ad esigenze di interesse pubblico quali la salvaguardia dei livelli occupazionali ed il risanamento economico dell'impresa. In questa ottica, è previsto l'intervento del Ministero dello Sviluppo Economico che, nella qualità di Autorità di vigilanza, valuta le esigenze di politica industriale sottese alle operazioni che gli amministratori straordinari tendono a porre in essere al fine di constatarne la rispondenza alle finalità pubblicistiche perseguite" (TAR Sicilia- Catania, sez. III, n. 199 del 30.01.2013).

<sup>26</sup> S. AMOROSINO, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2008, p. 42 e ss.

<sup>27</sup> S. AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in O. CAGNASCO - L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo terzo, Milano, 2016, p. 4019; G. MEO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in AA.VV.



la procedura di amministrazione straordinaria disciplinata dal d.lgs. 270 del 1999 essere un'impresa con un numero di lavoratori subordinati non inferiori a duecento da almeno un anno e debiti per un ammontare non inferiore ai due terzi tanto del totale attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio. Quindi a tale procedura non potranno essere ammesse tutte le società a partecipazione pubblica. Il punto dirimente da ricordare è che l'assoggettamento alla procedura di insolvenza non incide sulla continuazione dell'esercizio dell'impresa, che è obbligatoria.

Tale procedura è strutturata in una fase giudiziale ed in una fase amministrativa. La fase giudiziale si apre con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza e con la nomina di un giudice delegato e di un commissario giudiziale cui spetta di valutare le condizioni di possibile risanamento dell'impresa. Se il Tribunale civile, sulla base della relazione del commissario giudiziale, ritenga che sussistano i presupposti per l'accesso alla procedura e concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'attività di impresa si apre l'amministrazione straordinaria.

Spetta al Ministro dello Sviluppo Economico, una volta ricevuta dalla cancelleria del Tribunale la comunicazione d'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, di provvedere, entro i successivi cinque giorni, alla nomina, con decreto, di un commissario straordinario o (in caso di complessità della procedura) dei commissari. Il commissario è soggetto propulsivo della procedura che, con il d.lgs. n. 270 del 1999, viene espressamente definito come "straordinario"<sup>28</sup>. Alla figura del commissario sono dedicate le disposizioni del capo II del titolo III del d.lgs. n. 270 del 1999. La sostituzione<sup>29</sup> da parte del commissario straordinario trova fondamento in una norma attributiva di potere, ossia nell'articolo 40 del d.lgs. n. 270/1999<sup>30</sup>, che non indica in modo puntuale l'oggetto della sostituzione ma genericamente dispone che ad esso spetta la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente. Inoltre al commissario straordinario si applica, per

---

*Le altre procedure concorsuali*, vol. IV, in F. VASSALLI – F. P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 1061 e ss.; S. BONFATTI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare* (quarta ed.), Padova, 2011, p. 721 e ss.; G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano 2000; G. LO CASCIO, *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000; L. GUGLIELMUCCI, *Una procedura concorsuale amministrativa sotto controllo giudiziario*, in *Fall.*, 2000, 2, p. 133.

<sup>28</sup> Invece il corrispondente organo della procedura della originaria Legge Prodi era denominato commissario *tout court*.

<sup>29</sup> La sostituzione nel diritto amministrativo viene inquadrata come una categoria non un tipo di provvedimento, che può essere espressione di una varietà di poteri esercitati in sostituzione, non omogenei. Per una completa disamina si veda: M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, *passim* ed in particolare per un inquadramento generale, il capitolo I e la bibliografia ivi citata. Per una ricostruzione dello sviluppo del modello della gestione commissariale all'interno della pubblica amministrazione ed in particolare degli enti pubblici, cfr. G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013, *passim*.

<sup>30</sup> La sostituzione è qualificata come esercizio di amministrazione attiva o al più come attività strumentale all'esercizio di una funzione di amministrazione attiva: infatti il sostituto agisce per il perseguimento di un interesse pubblico che, nel caso di specie, è previsto in una norma di legge (nel d.lgs. n. 270 del 1999) M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, vol. II, pp. 1257-1258 che indica la sostituzione non come misura del controllo, ma perché la tutela dell'interesse pubblico richiede la rimozione dall'ufficio degli organi direttivi. Peraltro, come ha avuto modo di sottolineare la dottrina, ricorre l'intervento sostitutivo in quanto l'iniziativa dell'intervento sostitutivo non dipende dalla volontà dell'imprenditore, ossia non costituisce una modalità alternativa di esercizio della funzione cui il sostituto possa, a sua discrezione ricorrere o meno (M. BOMBARDELLI, op. ult. cit., p. 6).

esplicito rinvio generale contenuto nell'articolo 36<sup>31</sup> del d.lgs. n. 270 del 1999, la disciplina prevista per il commissario liquidatore della liquidazione coatta amministrativa. Tale norma costituisce fonte integrativa, per gli aspetti non regolati dal d.lgs. n. 270 del 1999 e purché non in contrasto con le regole specifiche dettate per l'amministrazione straordinaria. Si evince dunque che il commissario straordinario, al fine di risanare ovvero liquidare l'impresa in crisi, viene dotato dalla normativa della gestione dei beni dell'azienda. Il commissario straordinario per il tramite del programma deciderà se procedere alla ristrutturazione o se cedere parte o tutto il complesso aziendale per la prosecuzione dell'esercizio d'impresa<sup>32</sup>. Il commissario straordinario opera sotto la vigilanza<sup>33</sup> del Ministero dello Sviluppo Economico che ne autorizza gli atti principali e con l'ausilio consultivo del comitato di sorveglianza.

Tale accentuazione dell'interesse pubblico è ancora più preponderante laddove si tratti della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza<sup>34</sup> disciplinate dalla c.d. legge Marzano (d.l. 23.12.2003, n. 347, convertito in l. 18.02.2004, n. 39 concepito per il salvataggio del gruppo Parmalat<sup>35</sup> più volte modificato con decretazione d'urgenza per consentire il salvataggio di gruppi di grandi dimensioni, come per Alitalia ed ILVA) in combinato disposto con il d.lgs. n. 270 del 1999.

<sup>31</sup> A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 307 – 308, il quale ritiene che la compatibilità tra le due procedure si potrebbe ricavare anche da altre disposizioni del d.lgs. n. 270/99 che “in termini non dissimili, disciplinano i rapporti tra il commissario straordinario e l'Autorità governativa di vigilanza nonché il comitato di sorveglianza, ma anche più specificamente due disposizioni del medesimo decreto. Ci si riferisce, segnatamente, all'art. 62 d.lgs. n. 270/99, secondo cui disposto il valore dei beni, nel caso di alienazione degli stessi, deve essere determinato da uno più esperti nominati dal commissario straordinario e all'art. 65, comma 1, d.lgs. n. 270/99, a norma del quale: “contro gli atti e i provvedimenti lesivi di diritti soggettivi, relativi alla liquidazione di beni di imprese in amministrazione straordinaria, è ammesso ricorso al Tribunale”.

<sup>32</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2009 n. 1585 in *www.giustizia-amministrativa.it*: “Come concordemente ritenuto in dottrina e giurisprudenza l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi dà luogo ad una procedura che si caratterizza, secondo la stessa nozione dell'istituto delineata dall'art. 1 del d.lgs. n. 270/1999, per gli scopi preminenti di conservazione del patrimonio produttivo agli effetti occupazionali e del rilievo che ciò assume nell'economia del Paese. La cessione di singoli cespiti, ancorché effettuata con strumenti privatistici ed a garanzia patrimoniale dei creditori, viene a coordinarsi con le innanzi indicate finalità di rilievo pubblico. Segue che il provvedimento che autorizza la vendita assume a riferimento, accanto all'interesse ordinario dei creditori, valutazioni di politica industriale e di conservazione delle unità produttive che sono espressione della sfera di discrezionalità di cui dispone l'autorità di vigilanza”.

<sup>33</sup> M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXII, Roma 1994; S. VALENTINI, *Vigilanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993; L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Milano, 1984; AA. VV. *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, M. GIUSTI (a cura di), Padova 2004, *passim*.

<sup>34</sup> Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *La disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 1225 e ss.; R. ROSSI, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, Decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n. 39*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 634 e ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi (misure emergenti)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2008, p. 1 e ss.

<sup>35</sup> M. FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1572, il quale critica la deviazione dal modello comune (d.lgs. n. 270 del 1999) avvenuta per il caso Parmalat perché, benché l'esigenza del decreto legge sembrasse motivata (p. 1571) “dall'esigenza di valorizzare il profilo della ristrutturazione dell'impresa, asseritamente trascurato dalle maglie del d.lgs. 270/99, e dal bisogno di accelerare il processo di immedesimazione del commissario nel ruolo dell'imprenditore anche in funzione di evitare il rischio di dispersioni patrimoniali derivanti da possibili iniziative aggressive di singoli creditori o di gruppi di creditori” tuttavia “la maggior parte di coloro che hanno commentato <<a caldo>> il decreto legge, hanno posto in evidenza come nessuno degli obiettivi sia stato centrato mentre è stato sicuramente centrato il non dichiarato obiettivo di marginalizzare la posizione dell'autorità giudiziaria”.

Ad essa possono accedere quelle imprese che, da sole o come gruppo costituito da almeno un anno, abbiano un minimo di cinquecento dipendenti e debiti per almeno trecento milioni di euro, quale ammontare complessivo a livello di gruppo. Per tali procedure (disciplinate dall'articolo 2 della legge n. 39 del 2004) la procedura si avvia con un'istanza di ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria direttamente rimessa alla competenza del Ministro dello Sviluppo e non quindi dell'autorità giudiziaria, posticipando la fase di accertamento dell'insolvenza di competenza del Tribunale. La decisione sull'ammissione alla procedura e sulla nomina del commissario o dei commissari straordinari spetta direttamente all'autorità amministrativa, ossia al Ministro dello Sviluppo Economico e non all'autorità giudiziaria che la verificherà successivamente. La critica che è stata rivolta alla peculiare procedura introdotta a partire dal decreto legge "Marzano" è di essere transitati da un sistema "misto" del d.lgs. n. 270 del 1999 nel quale l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa cooperavano e nel quale, alla prima spettava di accertare la sussistenza dei requisiti di accesso all'amministrazione straordinaria, mentre alla seconda era assegnato il compito di curare la gestione della crisi; ad un sistema in cui i poteri si sono rimescolati fino ad arrivare "ad un regime nel quale l'intervento della autorità giudiziaria è temporalmente differito e qualitativamente compromesso"<sup>36</sup>.

Infatti nel decreto Marzano il ruolo dei poteri e delle funzioni "amministrative" risulta fortemente accentuato sia in quanto l'ammissione alla procedura spetta direttamente al Ministro dello Sviluppo Economico, sia perché le norme man mano integrate con decretazione d'urgenza appaiono spostare la procedura concorsuale verso una tipologia di strumento pubblico di salvataggio di grandissimi gruppi, consentendo allo Stato, con previsione anche derogatorie della concorrenza, di adottare le misure atte a salvaguardare l'impresa e la tutela occupazionale.

Le due procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza appaiono le più adeguate per far fronte alle crisi delle società a partecipazione pubblica sia perché in esse è più rilevante la tutela dell'interesse pubblico che quella del ceto creditorio; sia in quanto viene garantita la prosecuzione dello svolgimento dei servizi pubblici essenziali. La problematicità potrebbe riguardare la cessione degli *assets* della società pubblica, laddove siano di proprietà dell'amministrazione pubblica.

#### b) Il concordato preventivo

Nella procedura di concordato preventivo le criticità riferibili allo spopolamento dei beni della società fallita con le relative conseguenze in punto di continuità dell'attività

---

<sup>36</sup> M. FABIANI – M. FERRO, *Amministrazione straordinaria "speciale"*, in *Fall.*, 2004, 2, p. 131 e ss. secondo cui, se non sussiste un'obiezione teorica a che il dissesto di un grande gruppo industriale possa sollecitare il legislatore ad approntare norme di protezione del sistema economico del Paese, si dubita però che sia lecito che ciò avvenga con la creazione di procedure speciali in quanto vi è il rischio di "alimentare sperequazioni redistributive peggiori del male cui si vorrebbe porre rimedio, e soprattutto, critici impatti sulle posizioni concorrenziali. L'istituzione, in luogo di procedure generali, di procedure speciali dotate di un elevato livello di flessibilità tale da piegarsi quasi alle esigenze della singola impresa, non contribuisce ad innalzare il grado di competitività del nostro ordinamento rispetto a quello di altri Paesi, perché investitori e creditori non possono fare affidamento su un sistema omogeneo di regole, trovandosi esposti a regimi normativi mutevoli".

imprenditoriale, l'incompatibilità tra il ceto creditorio e la tutela dell'interesse pubblicistico sono attenuate in modo sensibile. Infatti il concordato preventivo, per sua natura, non prevede né lo spossessamento dei beni e nemmeno l'interruzione dell'attività. Inoltre il soggetto istante viene collocato in una situazione protetta da azioni esecutive, così da consentire allo stesso un'adeguata pianificazione dell'accordo con i creditori.

La società a partecipazione pubblica, preso atto delle proprie difficoltà legate all'insolvenza, se non individua concrete alternative all'accesso ad una procedura concorsuale verifica la fattibilità di un piano concordatario, secondo la tipologia del concordato in continuità o di quello meramente liquidatorio.

-Nell'ambito del concordato in continuità, proprio la presenza dell'elemento della continuità sembra essere un fattore comune sia della procedura concordataria sia della tutela di un interesse pubblicistico riferibile all'erogazione di un servizio pubblico essenziale, in quanto viene consentita la prosecuzione dell'erogazione di tale servizio (ovviamente la proposta che la società dovrà presentare ai creditori dovrà essere accompagnata da una prognostica prospettazione economico-finanziaria riferibile alla prosecuzione dell'attività d'impresa così da poter comprovare che la continuità sia funzionale anche al soddisfacimento del ceto creditorio). La disciplina del d.lgs. n. 175 del 2016 è da coordinare anche con il codice dei contratti pubblici ed in particolare con l'articolo 110 del d.lgs. n. 50 del 2016 che prevede che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale (comma 3) possa partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidataria di subappalto; nonché eseguire i contratti già stipulati. Inoltre (ai sensi dell'articolo 110 comma 4) l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto<sup>37</sup>.

-Maggiori difficoltà per le società a partecipazione pubblica sembrerebbero sussistere invece nell'ipotesi in cui venga richiesto l'eventuale concordato meramente liquidatorio perché, in tale caso, la continuità dell'attività aziendale sarebbe preclusa o ammissibile esclusivamente nei termini di un positivo contributo, in termini economico – finanziari, alla proposta concordataria (con problemi maggiori nel caso sia necessario garantire lo svolgimento di un servizio pubblico essenziale).

#### c) La procedura fallimentare

La procedura che sembra sollevare maggiori criticità per le società a partecipazione pubblica è quella del fallimento. Il primo problema, emerso già prima della riforma del d.lgs. n. 175 del 2016, era l'interruzione del servizio pubblico essenziale in seguito all'avvio della procedura fallimentare. Infatti, negli anni, i sostenitori della tesi che escludeva la possibilità di assoggettare al fallimento le società pubbliche, avevano affermato che proprio l'essenzialità del servizio pubblico rappresentasse un fattore impeditivo del fallimento dal momento che l'esecuzione generale, tipica della procedura fallimentare, avrebbe comportato la paralisi dell'attività della società nel perseguimento della cura dell'interesse

<sup>37</sup> Sul tema dell'evidenza pubblica e della società a partecipazione pubblica, cfr. E. PICOZZA, *Le società a partecipazione pubblica e le procedure ad evidenza pubblica: modalità e tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo e società civile. Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, 2019, p. 399 e ss.

pubblico<sup>38</sup>. In particolare si notava che l'interruzione del servizio pubblico essenziale potesse recare un danno alla collettività, oltre che evocare l'applicazione dell'articolo 340 del codice penale<sup>39</sup>, a fronte degli interessi schiettamente privatistici del ceto creditorio tutelati dalla procedura fallimentare. Questa obiezione però era stata superata tramite gli strumenti che l'ordinamento ha messo a disposizione per la gestione provvisoria della società fallita per evitare l'interruzione del pubblico servizio<sup>40</sup>.

Tale approccio è stato confermato dall'articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016. Le distonie della procedura fallimentare per le società a partecipazione pubblica è che in essa è centrale la soddisfazione dei creditori e la necessità di non arrecare danni al ceto creditorio. Il problema si manifesterà, in caso di avvio della procedura fallimentare, in relazione all'esigenza di continuità nell'erogazione di un servizio pubblico essenziale (si pensi alla raccolta e gestione dei rifiuti) che verrebbe compromessa, laddove l'esercizio provvisorio della società non venisse concesso (in quanto consentito solo laddove non arrechi alcun danno al ceto creditorio). Laddove invece venga consentito l'esercizio provvisorio ai sensi dell'articolo 104 della legge fallimentare (ora art. 211 del d.lgs. n. 14 del 2019) l'attività della società dichiarata fallita, anche in relazione alla sua rilevanza pubblicistica, potrebbe continuare, almeno fino alle scelte "definitive" sulla gestione della stessa. Il delicato tema della continuità dei servizi essenziali ha inoltre quale valvola di sfogo rispetto al fallimento, il meccanismo emergenziale previsto dall'articolo 14 comma 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 (che si situa in una fase antecedente l'apertura delle procedure concorsuali) che permette, in via derogatoria, di sottoscrivere aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito 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, la sanità, su richiesta dell'amministrazione interessata. In tale ipotesi tali misure straordinarie scongiurerebbero l'avvio di una procedura fallimentare.

Un altro limite che si incontra (rispetto al fallimento di una società privata) è rappresentato dal fatto che la società a partecipazione pubblica dichiarata fallita, essendo semplice affidataria del servizio, non ha la piena disponibilità dell'attività svolta, con la conseguenza che il curatore non potrà liberamente liquidarla attraverso un'ordinaria (e concorsuale) cessione d'azienda. Il medesimo limite di indisponibilità potrebbe riguardare i beni (o alcuni beni) strumentali alla gestione dell'attività, in quanto anche essi potrebbero non essere di proprietà della società ma dell'amministrazione pubblica affidante.

Il curatore inoltre dovrà tenere conto dell'articolo 110 del d.lgs. n. 50 del 2016 il quale dispone che, in caso di fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio, il curatore

<sup>38</sup> Sul punto Tribunale di Patti sez. Fall., 6 marzo 2009 in *www.ilcaso.it* secondo cui: "L'essenzialità la rendeva immune dal fallimento, come, ad esempio, nel caso di una società per azioni esercente il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani partecipata esclusivamente da enti pubblici, non già su base volontaristica, ma in ossequio alle disposizioni di cui al d.lgs. 22/1997 che per di più utilizzava risorse pubbliche ed era soggetta alle norme sull'evidenza pubblica."

<sup>39</sup> Cfr. articolo 340 codice penale: "Chiunque, fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge, cagiona una interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità, è punito con la reclusione fino a un anno".

<sup>40</sup> A. CRISMANI, *Crisi e insolvenza delle società partecipate tra bisogni essenziali e finanza locale* in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il disordine dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, p. 280



può sia eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita sia partecipare a procedure di affidamento<sup>41</sup> di concessioni ed appalti di lavori forniture o servizi, ovvero essere affidatario di subappalto.

### **5.1. Le misure previste dall'articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 prima dell'apertura delle procedure concorsuali per le società a controllo pubblico: le procedura di allerta.**

Se è vero che l'articolo 14 del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica ne ha previsto la sottoposizione alle medesime procedure concorsuali delle società di diritto comune, è anche vero che ha disposto delle deroghe, rispetto al diritto civile, che si collocano nella fase di prevenzione della crisi di impresa. Le disposizioni in tema di obblighi e poteri degli organi sociali nella fase della prevenzione e gestione della crisi d'impresa delle società a controllo pubblico sono ritenute uno dei principali tratti del d.lgs. n. 175 del 2016<sup>42</sup>.

Benchè anche prima del d.lgs. n. 175 del 2016 fossero stati indicati alcuni ostacoli per una gestione ordinaria volta ad evitare l'insolvenza, l'articolo 14 comma 2 del d.lgs. n. 175 del 2016 ha introdotto, solo per le società a controllo pubblico<sup>43</sup>, in combinato disposto con l'articolo 6 comma 2 del d.lgs. n. 175 del 2016, una procedura di allerta della crisi. Gli strumenti di allerta speciali previsti per le società a controllo pubblico si articolano nel "programma di valutazione del rischio di crisi aziendale", nel "piano di risanamento" e nel "piano di ristrutturazione aziendale"<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> E. PICOZZA, *Le società a partecipazione pubblica e le procedure ad evidenza pubblica*, op. ult. cit., p. 399 e ss.

<sup>42</sup> G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giurisp. comm.*, n.2/2020, p. 262 e ss. il quale segnala la recente adozione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, ha introdotto il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Gli obblighi nella fase di prevenzione e gestione della crisi sono oggetto di specifica disciplina nell'articolo 3, negli articoli 12 e ss. del citato d.lgs. 14/2019 e nel novellato articolo 2086 c.c. Per quanto riguarda il rapporto tra gli assetti della disciplina del d.lgs. n. 175 del 2016 ed il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza per le società di diritto comune, l'Autore enfatizza il carattere speciale ed autonomo della disciplina contenuta nel Testo Unico per le società a controllo pubblico che, in quanto speciale, non è stata abrogata da una normativa generale sopravvenuta nel 2019. Troveranno pertanto applicazione l'articolo 1 comma 1 e 3 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che, dopo avere affermato l'applicazione della disciplina del suddetto Codice anche alle società pubbliche, fa salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi d'impresa delle società pubbliche. Ossia tra le due discipline non sussisterebbe incompatibilità ma possibilità di reciproca integrazione, con assoggettamento degli organi sociali agli obblighi ed ai vincoli imposti tanto dall'una, quanto dall'altra. Pertanto il d.lgs. n. 14 del 2019 aggiungerebbe e non sostituirebbe obblighi e prescrizioni per i componenti degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico in materia di tempestiva emersione della crisi.

<sup>43</sup> La distinzione tra società a controllo pubblico e società a partecipazione pubblica è definita dall'articolo 2 del d.lgs. n. 175 del 2016 da cui si evince che le società a partecipazione pubblica comprendono al loro interno anche le società a controllo pubblico ma costituiscono una categoria più ampia che ricomprende anche le società partecipate, direttamente o indirettamente, senza essere controllate.

<sup>44</sup> Secondo G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giurisp. comm.*, n.2/2020, p. 262 e ss.: "La differenza tra il "programma di valutazione del rischio di crisi aziendale" (cfr. R.TISCINI – P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in F. FIMMANÒ - A.CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, Universitas Mercatorum Press, 2016, p. 793) e gli altri due strumenti è di agevole individuazione: il primo rappresenta uno strumento (anche) per la tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale, costituendo un tassello, imposto *ex lege*, dell'adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile che ogni imprenditore ha il dovere di istituire; i secondi costituiscono la

In particolare l'art. 6 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, Testo Unico, dispone, al comma 2, che “*le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale<sup>45</sup> e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione sul governo societario*”. Tale previsione appare riconducibile a quelle (tra cui gli articoli riguardanti la razionalizzazione periodica delle società a controllo pubblico non efficienti) che perseguono finalità di contenimento della spesa pubblica, in un'ottica di sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità ed efficienza. Si tratta di una disposizione che non svolge una mera funzione di informazione nei confronti dei soci ma che è il presupposto per l'adozione di condotte tempestive da parte dell'organo amministrativo.

L'articolo 6 è da leggere in combinato disposto con l'articolo 14 comma 2 del d.lgs. n. 175 del 2016, il quale prevede che, qualora emergano, nell'ambito di valutazione del rischio uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento. L'articolo 14 comma 2 appare avere introdotto nuovi *standard* di diligenza degli amministratori, con conseguenti nuovi principi generali sulla responsabilità, poiché la mancata adozione di provvedimenti adeguati da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile<sup>46</sup>. Tuttavia il legislatore non ha specificato quali siano in concreto tali provvedimenti necessari, ma ha indicato, all'articolo 14 comma 2 del d.lgs. n. 175 del 2016, quali tipi di interventi non siano riconducibili tra quelli adeguati: “Non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2, la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni 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, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio

---

cornice al cui interno collocare, in modo coerente e razionale, i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause.

<sup>45</sup> Secondo G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali* in *Giurisp. comm.*, fasc.2, 2018, p.195, occorre approfondire il significato del termine “crisi”: “La predisposizione da parte dell'organo amministrativo di specifici programmi, anche mediante ricorso a simulazioni e previsioni, di valutazione del rischio di crisi aziendale, inteso come probabilità di futura insolvenza, presuppone un'indagine semantica sul termine “crisi”, cioè sul significato della parola sotto il profilo lessicale nel linguaggio economico. Se l'insolvenza presuppone uno stato *stabile* di impotenza finanziaria in cui l'imprenditore viene a trovarsi, il declino è ravvisabile nella *episodicità* dell'impotenza. Quindi situazioni di transeunte incapacità di adempiere costituiscono evidenti ragioni di declino, che, ove reiterate, principiano il secondo stadio di quelle fasi della vita dell'impresa che, ove non corrette con un idoneo piano di risanamento, possono portare allo stato di «crisi», quindi all'«insolvenza» ed al «dissesto», inteso quest'ultimo come quella situazione patologica dove le attività non permettono di garantire il rimborso dei debiti. Il declino si presenta dunque con una situazione patologica caratterizzata da *transitorietà*, mentre la crisi ha luogo quando viene a crearsi uno squilibrio economico-finanziario destinato a permanere nel tempo ed a generare un concreto pericolo di insolvenza suscettibile di manifestarsi a breve e, a seguire, di dissesto, se non vengono avviati appropriati interventi di risanamento”. V. anche G. CAPO, *La disciplina delle misure di allerta e prevenzione delle crisi aziendali nelle società “a controllo pubblico”*, in AA. VV. *Crisi ed insolvenza. In ricordo di M. Sandulli*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 154 e ss.

<sup>46</sup> G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali* in *Giuris. comm.*, fasc.2, 2018, p.195 e ss.; ID., *Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 1144 e ss.; G. DI LORENZO, *Mala gestio e responsabilità*, in *Riv. Dir. comm.* 2017, p. 59 e ss.

economico delle attività svolte”<sup>47</sup>. Inoltre l’articolo 14 comma 5 ha puntualizzato che sono consentiti i trasferimenti straordinari effettuati alle società controllate dalle Amministrazioni a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall’Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti, che contempli il raggiungimento dell’equilibrio finanziario entro tre anni. La *ratio* di tali norme sembra volta ad evitare l’adozione di provvedimenti di ripianamento delle perdite dettati dall’emergenza senza una programmazione volta a superare la criticità del momento<sup>48</sup>.

Parte della dottrina ha ritenuto che il perimetro della crisi aziendale cui alludono gli articoli 6 e 14 del T.U. n. 175 del 2016 non possa coincidere con quella invalsa nel diritto fallimentare (ossia quale presupposto per l’omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o per l’ammissione alla procedura di concordato preventivo)<sup>49</sup> perché avrebbe l’effetto di rinviare ad un momento troppo avanzato l’emersione della crisi, assottigliando così le possibilità non soltanto di evitarne l’aggravamento ma soprattutto di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. Invece secondo altri la scelta dei “provvedimenti necessari” imposti agli amministratori per le società a controllo pubblico ai sensi dell’articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 dovrebbe prima di tutto considerare la percorribilità di una procedura concordataria caratterizzata dalla “continuità aziendale”<sup>50</sup>.

## 5.2. Il regime speciale degli interventi delle amministrazioni socie a favore delle società partecipate

Il comma 5 dell’articolo 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 ha introdotto limiti speciali alla possibilità di interventi di sostegno finanziario delle amministrazioni pubbliche socie a favore delle società partecipate. Esso ha un ambito di applicazione esteso a tutte le società a partecipazione pubblica (non solo a quelle a controllo pubblico). Ossia sono stati posti

<sup>47</sup> Secondo V. CHIONNA, *Le soluzioni concordate delle crisi delle società pubbliche*, in S. FORTUNATO – F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing in Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 218: “a differenza del passato, il legislatore pare dire che le risorse di finanza pubblica non potranno più essere utilizzate liberamente dalla politica per sanare le crisi delle “società a controllo pubblico” al di fuori di ogni progetto e controllo ma dovranno essere necessariamente inquadrare in precisi piani di risanamento dai quali, appunto, “risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività”.

<sup>48</sup> G. D’ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giurisp. comm.*, n.2/2020, p. 262 e ss.: “Ciò significa che i provvedimenti non dovrebbero essere estemporanei o imposti dalla sola emergenza del momento, ma vanno inseriti in una cornice programmatica più ampia, funzionale sia ad impedire che la crisi degeneri in insolvenza, sia ad immunizzare gli effetti negativi per la società ed i terzi, sia ad eliminare alla radice le cause della crisi stessa”.

<sup>49</sup> G. GUIZZI – M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, Milano, 2017, p.295 per i quali tali procedure di allerta sarebbero “strumenti proprio di pre-crisi che si collocherebbero in una zona del crepuscolo (o di pre-crisi) in cui l’impresa, pur conservando ancora intatta la fiducia del mercato, presenta tuttavia segnali di tensione finanziaria, cioè di difficoltà ed aggravamento degli indici di rischio, che suggeriscono all’imprenditore o ai corrispondenti uffici societari l’adozione di un appropriato piano di recupero” (p. 299).

<sup>50</sup> V. CHIONNA, *Le soluzioni concordate delle crisi delle società pubbliche*, op. cit., p. 218

“limiti significativi agli interventi delle amministrazioni socie a favore delle società partecipate, per il caso in cui i risultati di almeno tre esercizi consecutivi abbiano fatto registrare perdite di esercizio, ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento delle perdite, anche infra annuali: in questi casi, infatti di regola, non è consentito sottoscrivere aumenti di capitale o operare trasferimenti straordinari e aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate”. Si tratta di una disciplina speciale e più restrittiva “in quanto secondo le norme generali sulle società per azioni (articoli 2446 -2447), le perdite d'esercizio assumono rilievo soltanto in presenza di perdite qualificate, che determinano una diminuzione del capitale sociale di almeno un terzo”<sup>51</sup>. Inoltre, nel caso delle società di diritto comune, ai soci non solo non è precluso ripianare le perdite ma anzi tale scelta viene favorita<sup>52</sup>.

Coesisterebbero, per la disciplina di ripianamento delle perdite delle società a partecipazione pubblica, le disposizioni del codice civile e le previsioni più restrittive dell'articolo 14 comma 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, come confermato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019) che, dopo avere affermato l'applicazione della disciplina del suddetto Codice anche alle società pubbliche, fa salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi d'impresa delle società pubbliche.

Tuttavia, una previsione di apertura e favore è infine contenuta nell'ultimo periodo dell'articolo 14 comma 5 che consente (in deroga al primo periodo appena esposto), 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, su richiesta dell'amministrazione, di sottoscrivere aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, anche nei confronti di società che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Questa previsione appare essere una vera e propria valvola di emergenza per far fronte a situazioni impreviste e non diversamente risolvibili laddove vadano a compromettere l'erogazione di un servizio essenziale per la collettività. Tuttavia, secondo parte della dottrina, tale regola, laddove usata in modo smodato, consentirà ad una società pubblica esercente un servizio essenziale di aggirare *ex ante* la sottoposizione alle apposite procedure

<sup>51</sup> G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, cit., p.195 e ss.

<sup>52</sup> Secondo G. GUIZZI – M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, op. cit. p. 308 e 309: “Si tratta di una disciplina di particolare rigore e che opera concettualmente uno stacco significativo con la disciplina societaria di diritto comune. Secondo l'impostazione accolta dal codice civile infatti ai soci non è precluso eseguire liberamente apporti a patrimonio netto a ripianamento delle perdite ma anzi sembra che il legislatore voglia favorire tali interventi anche e proprio in presenza di situazioni di tensione e squilibri finanziari (come si evince dall'articolo 2467 del c.c.). Siamo dunque di fronte ad una regola speciale che si ricollega al peculiare *status* pubblico del socio e che trova la sua *ratio*, oltre che in un'esigenza di rispettare le regole di mercato e della concorrenza che contrastano forme selettive di aiuti pubblici, in una più generale necessità di preservare il corretto ed efficiente impiego di risorse che sono, in definitiva, pur sempre raccolte presso la collettività”.

concorsuali, potendo beneficiare di un vero e proprio regime eccezionale di intervento del socio pubblico<sup>53</sup>.

## 6. Conclusioni e prospettive

Da quanto sopra rilevato, sembra emergere che la scelta di indirizzo politico compiuta dalle più recenti normative prevede delle deroghe e correttivi in relazione alla sottoposizione delle società a partecipazione pubblica alle pure leggi del mercato. D'altra parte tale scelta si pone in linea di continuità con la legislazione del passato e probabilmente con lo stesso modo di intendere da parte della maggioranza della dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza, il collegamento tra società in mano pubblica e servizio pubblico e più in generale con la problematica dell'inerenza dell'attività economica della società a partecipazione pubblica stessa con gli interessi pubblici.

Il quadro non sembra (forse paradossalmente) cambiato per effetto della incidenza del diritto europeo sulle categorie giuridiche nazionali.

Se è vero che, almeno a partire dal 2000, vi è stato un forte tentativo di quest'ultimo di indirizzare gli Stati membri verso una concezione "efficientista" ed economica delle società pubbliche, sembra anche indubitabile che esso abbia puntato soprattutto al rispetto delle regole della concorrenza e del mercato per quanto riguarda la fase di accesso a quest'ultimo e, soprattutto, di controllare la trasparenza delle relazioni finanziarie delle imprese pubbliche con il pubblico potere di controllo.

Inoltre, almeno dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il legislatore europeo - anche a livello di principi generali - ha attribuito agli Stati membri (sia per quanto riguarda le autorità centrali che quelle regionali o locali) il più ampio potere discrezionale non solo di organizzare ma anche di definire nel modo ritenuto più opportuno, la categoria e il campo di applicazione dei servizi di interesse economico generale.

Non di meno, il problema trattato nel presente contributo, resta della massima attualità: probabilmente la sua soluzione definitiva è collegata all'evoluzione dell'attuale crisi economica sistemica del contesto europeo e alla crescente influenza del principio di stabilità delle finanze pubbliche nell'ambito della attività della pubblica amministrazione (intesa in senso ampio e dunque comprensiva della attività di diritto privato della medesima).

---

<sup>53</sup> E. SCIARRA, *Le società pubbliche e le crisi d'impresa...*, cit. p. 23 il quale evidenzia "In ragion di ciò tornerebbe a presentarsi l'elemento disfunzionale dei trasferimenti *una tantum*, seppur nella veste di erogazioni a carattere emergenziale, con i ben noti problemi di compatibilità, non solo riguardo all'esigenza di alleggerimento dei bilanci pubblici, bensì rispetto alla stessa valenza del registro delle imprese quale strumento di pubblicità legale, stante il fatto che, al di là del *nomen iuris* assunto, queste entità continuerebbero a godere di un trattamento del tutto distinto e speciale rispetto a quello previsto dal diritto comune, con il rischio di una possibile destrutturazione della costruzione delineata dall'articolo 14 t.u."