

Enti e società pubbliche

Giurisprudenza:

CONSIGLIO DI STATO

Annotata

Sez. 06 SENT. num. 05843 del 07/09/2004

Contratti della pubblica Amministrazione - Opere pubbliche - Società miste costituite dagli enti locali - Finalità - Perseguimento interesse della collettività locale - Attività extraterritoriale - Possibilità - Condizioni

Partendo dal principio basilare secondo cui la società costituita da enti locali è strumentale al perseguimento degli interessi della collettività locale, non si può a priori escludere la possibilità di svolgimento di attività c.d. extraterritoriali, ma occorre, caso per caso, verificare, con specifiche indagini e studi, che l'espletamento di tali attività, da un lato contribuisca al migliore perseguimento dell'interesse della collettività, locale, e, dall'altro lato, non si traduca in un aumento di costi per tale collettività, in termini di aumento di tasse o tariffe, o peggioramento del servizio. Solo a tali condizioni, infatti, si soddisfa la duplice esigenza che, da un lato, le attività extraterritoriali della società mista non si traducano in pregiudizio e aumento di costi della collettività, territoriale, in contrasto con i principi di efficienza e di equa misura di tasse e tariffe, e che, dall'altro lato, la società mista, una volta immessa sul mercato, vi operi in condizioni di effettiva concorrenza e parità con gli imprenditori privati, senza costituzione di una posizione di privilegio derivante dalla possibilità di usufruire, in violazione delle norme comunitarie e nazionali sugli aiuti pubblici alle imprese, di una dote economico - finanziaria costituita da denaro pubblico e, dunque, in definitiva, a carico della collettività.

Il T.a.r. per il Lazio sottopone alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti relativi alla possibilità di qualificare come organismi di diritto pubblico la Poste Italiane s.p.a. e una sua partecipata al 100% nonché ai limiti e alle ipotesi in cui tali società siano tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica.

T.a.r. per il Lazio, sezione III, ordinanza, 12 luglio 2018, n. 7778 –Pres. Est. De Michele

Contratti pubblici –Organismo di diritto pubblico –Poste Italiane s.p.a. –Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Contratti pubblici –Organismo di diritto pubblico –Società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a. –Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Contratti pubblici –Poste Italiane s.p.a. –Società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a. –Obbligo di procedura ad evidenza

pubblica nei soli settori speciali –Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Contratti pubblici –Poste Italiane s.p.a. –Società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a. –Contratti estranei ai settori speciali –Attività imprenditoriale –Regime di concorrenza –Obbligo di procedura ad evidenza pubblica –Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Contratti pubblici –Poste Italiane s.p.a. –Società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a. –Attività strumentali al servizio universale –Contratti di manutenzione, pulizia, arredi, servizio di portierato e custodia –Obbligo di procedura ad evidenza pubblica –Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Contratti pubblici –Poste Italiane s.p.a. –Società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a. –Autovincolo –Violazione del legittimo affidamento –Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Vanno rimessi alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:

- 1) se la società Poste Italiane s.p.a. debba essere qualificata “organismo di diritto pubblico”, ai sensi dell’art 3, comma 1, lettera d), del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE);
- 2) se la predetta qualificazione si estenda alla società, partecipata al 100%, Poste Tutela s.p.a., peraltro in via di già deliberata fusione con la prima, tenuto conto del punto n. 46 delle premesse alla direttiva 2014/23/UE sulle persone giuridiche;
- 3) se dette società siano tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica solo per l’aggiudicazione degli appalti, che siano in relazione con l’attività svolta nei settori speciali, in base alla direttiva 2014/25/UE, quali enti aggiudicatori, per i quali la stessa natura di organismi di diritto pubblico dovrebbe ritenersi assorbita nelle regole della parte II del Codice degli appalti, con piena autonomia negoziale –e regole esclusivamente privatistiche –per l’attività contrattuale non attinente a detti settori, tenuto conto dei principi dettati dalla direttiva 2014/23/UE, punto n. 21 delle premesse e art. 16;
- 4) se le medesime società, per i contratti da ritenere estranei alla materia, propria dei settori speciali, restino invece –ove in possesso dei requisiti di organismi di diritto pubblico –soggette alla direttiva generale 2014/24/UE (e quindi alle regole contrattuali ad evidenza pubblica), anche ove svolgenti –in via evolutiva rispetto all’originaria istituzione –attività prevalentemente di stampo imprenditoriale e in regime di concorrenza;
- 5) se comunque, in presenza di uffici in cui si svolgono, promiscuamente, attività inerenti al servizio universale e attività a quest’ultimo estranee, il concetto di strumentalità –rispetto al servizio di specifico interesse pubblico –possa ritenersi escluso per contratti inerenti la manutenzione sia ordinaria che straordinaria, la pulizia, gli arredi, nonché il servizio di portierato e di custodia degli uffici stessi;
- 6) se infine debba ritenersi contrastante col consolidato principio di legittimo affidamento dei partecipanti alla gara la riconduzione a mero autovincolo –non

soggetto a tutte le garanzie di trasparenza e pari trattamento, disciplinate dal codice degli appalti –l'indizione di una procedura concorsuale, debitamente pubblicizzata senza ulteriori avvertenze al riguardo sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (1).(1)

I. –Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per il Lazio ha rimesso alla Corte di giustizia UE alcune questioni interpretative legate alla natura giuridica della Poste Italiane s.p.a. e di una sua partecipata al 100% e, in particolare, alla possibilità di qualificare o meno tali enti in termini di organismo di diritto pubblico. Il Collegio ha, quindi, sottoposto alla Corte ulteriori quesiti (esposti nelle massime che precedono) legati ai limiti e alle ipotesi entro le quali le società in questione sono tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica.

II. –Nel caso esaminato dall'ordinanza in commento, un operatore economico impugnava il bando di gara emesso da Poste Tutela s.p.a., società partecipata al 100% da Poste Italiane s.p.a., per l'istituzione di accordi quadro, aventi ad oggetto il servizio di portierato, reception presidio varchi, per varie sedi della stazione appaltante, con suddivisione in sette lotti cumulabili. Con ordinanza cautelare, in considerazione della presenza di censure ritenute non prive di fondatezza, la procedura di gara veniva sospesa dal T.a.r. adito. Le parti resistenti sollevavano eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, per rientrare la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, precisando che la procedura di gara in oggetto era stata avviata da un'impresa pubblica, ai sensi dell'art. 3, comma 11, lett. t), del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, per servizi estranei a quelli compresi nei settori speciali. Secondo la prospettazione difensiva, la società poteva ritenersi soggetta al codice dei contratti pubblici solo se operante nel perimetro dei settori speciali e non per un servizio destinato agli uffici amministrativi e direzionali, prevalentemente dedicati alle operazioni finanziarie e solo in via residuale utilizzati in maniera promiscua. Pertanto, la società sarebbe fornita, in tale settore, di piena autonomia negoziale e avrebbe potuto applicare le regole della procedura ad evidenza pubblica solo in via di autovincolo. In senso contrario, la parte ricorrente qualificava entrambe le società come organismi di diritto pubblico, con l'obbligo per entrambe di svolgere procedure ad evidenza pubblica.

III. –Il Collegio, nel premettere che la questione della natura giuridica della stazione appaltante rileva anche per individuare l'autorità giudiziaria titolare della giurisdizione, ha osservato che:

:a1) la società, benché incaricata dell'espletamento del servizio postale universale, è anche titolare di attività estranee al servizio di consegna della corrispondenza, servizio svolto, tra l'altro, in regime di concorrenza;

a2) la direttiva 2004/18/CE ha espressamente escluso la società dal novero degli organismi di diritto pubblico in considerazione della prevalenza delle attività di carattere industriale e commerciale da questa svolte;

a3) nel d.lgs. n. 163 del 2006 la società è indicata come ente aggiudicatore, in considerazione della mancanza del “requisito teleologico di soddisfacimento di bisogni di interesse generale, privi di carattere industriale e commerciale, il quale implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, e non consente l’esercizio di altre attività da parte del soggetto medesimo”;

a4) la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico, offerta da Cons. Stato, Ad. plen., 28 giugno 2016, nn. 13 (in Riv. nel diritto, 2016, 1242, e in Riv. cortei conti, 2016, fasc. 3, 452, nonché oggetto della News USin data 7 luglio 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), 14, 15 e 16 (in Vita not., 2016, 730), andrebbe limitata al solo ambito del diritto di accesso;

Controllo giudiziario dell'azienda ex art. 34 bis del codice antimafia e procedure di appalto

Tar Reggio Calabria 30 ottobre 2018, n. 643 - Pres. Criscenti, Est. Caudullo

Informativa antimafia - Controllo giudiziario dell'azienda – Effetti.

Il controllo giudiziario non costituisce un superamento dell’interdittiva antimafia, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza, con l’adozione di un regime in cui l’iniziativa imprenditoriale può essere ripresa per ragioni di libertà di iniziativa e di garanzia dei posti di lavoro, sempre naturalmente in un regime limitativo di assoggettamento ad un controllo straordinario (1).

(1) Ha chiarito il Tar, richiamando un precedente in termini del Consiglio di Stato (sez. V, 31 maggio 2018, n. 3268) che data la natura del controllo giudiziario e atteso che da esso discende la mera sospensione degli effetti dell’interdittiva (destinato, in quanto tale, ad operare per i rapporti futuri e non anche per il pregresso), non è neppure possibile riconoscere a tale misura una efficacia retroattiva, dalla quale discenda l’automatico travolgimento degli atti medio tempore adottati dall’amministrazione (Tar Basilicata 18 luglio 2018, n. 482). Tale esegesi delle disposizioni che disciplinano il controllo giudiziario (e, in particolare, del comma 7 dell’art. 34 bis) risulta peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dalla società ricorrente, perfettamente coerente con la sua ratio.

Il controllo giudiziario è stato definito, invero, “strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali” che consente all’impresa ammessa “di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione” (Circolare del Ministero dell’Interno n. 11001/119/20(8)-A del 22 marzo 2018). L’esigenza sottesa alla continuità aziendale, tuttavia, deve essere conciliata con l’interesse alla realizzazione dell’opera di pubblica rilevanza. Ciò impone, pertanto, la necessità di operare un giusto temperamento degli interessi coinvolti. Necessità che è tanto più forte ed immanente in una

fattispecie, come quella in esame, in cui la procedura si era già conclusa con l'individuazione del nuovo aggiudicatario.

In tale situazione, continua il Tar, non vi è spazio per ipotizzare che gli effetti della sospensione di cui all'art. 34 bis, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, debbano (o possano) retroagire fino a travolgere gli atti legittimamente adottati dall'amministrazione quale automatica e doverosa conseguenza dell'informativa interdittiva intervenuta a carico dell'originaria aggiudicataria. Un simile effetto, oltre a non risultare coerente con la ratio del nuovo istituto, risulta altresì in contrasto con lo stesso tenore letterale dalla norma che, come già sottolineato, individua un limite temporale (compreso tra uno e tre anni) di durata e collega alla misura la mera sospensione degli effetti dell'interdittiva.

Sez. GSI SENT. num. 000618 del 09/07/2018 PD H01638

Responsabilità amministrativa e contabile – Cofinanziamento pubblico per la realizzazione di un investimento privato – Mancata realizzazione dell'investimento – Mancato apporto del privato al finanziamento dell'investimento – Danno erariale.

Nel caso di cofinanziamento pubblico di investimenti privati, rispondono di danno erariale la società beneficiaria del finanziamento e il suo amministratore che non abbiano realizzato l'investimento previsto o che lo abbiano realizzato solo in parte o, comunque, in difformità da quanto programmato, ovvero che, pur in presenza della completa realizzazione dell'investimento, il finanziamento effettivo di questo sia avvenuto solo con le risorse di provenienza pubblica ovvero col concorso di queste in misura maggiore rispetto a quella dovuta secondo la ripartizione dell'onere economico tra la pubblica amministrazione e il privato stabilita in occasione della concessione del beneficio.

Cons. St., sez. V, ord., 14 gennaio 2019, n. 293 – Pres. Severini, Est. Contessa

Contratti della Pubblica amministrazione - In house – Art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 – Criterio di affidamento subordinato rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto – Rimessione Corte di Giustizia Ue.

Enti pubblici – Partecipazione azionaria in società - Organismo pluripartecipato da altre amministrazioni – Acquisizione di quota di partecipazione – Divieto – Condizioni ex art. 4, comma 1, t.u. n. 175 del 2016 – Rimessione Corte di Giustizia Ue.

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'art. 192, comma 2, del 'Codice dei

contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento (1).

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea (e in particolare l'art. 12, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE in tema di affidamenti in house in regime di controllo analogo congiunto fra più amministrazioni) osti a una disciplina nazionale (come quella dell'art. 4, comma 1, del Testo Unico delle società partecipate, approvato con d.lgs. n. 175 del 2016) che impedisce a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipate (2).

Analoghe rimessioni sono state disposte dalla sez. V con ordd. 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 296

(1) La Sezione dubita che le disposizioni del diritto interno, nel subordinare gli affidamenti in house a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento, siano autenticamente compatibili con le pertinenti disposizioni e principi del diritto primario e derivato dell'Unione europea. In particolare, l'art. 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (d. lgs. n. 50 del 2016) impone che l'affidamento in house di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni): a) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento in house, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato 'fallimento del mercato' rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche" (risultando altrimenti tendenzialmente precluso), cui la società in house invece supplirebbe; b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento in house (dimostrazione che non sarà invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento – con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto -). Anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di

motivazione aggravata per supportare gli affidamenti in house muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica e li relega ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese.

Il restrittivo orientamento evidenziato dalla normativa italiana del 2016 si colloca in continuità con orientamenti analoghi manifestati dall'ordinamento almeno dal 2008 (sin dall'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008).

Giova ricordare che con sentenza 17 novembre 2010, n. 325 la Corte costituzionale ha riconosciuto alla legge di poter prevedere "limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie" (per restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica, per le quali il diritto dell'UE avrebbe solo previsto un minimo inderogabile).

La stessa giurisprudenza costituzionale ha ribadito con ulteriori pronunce che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce "un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica" (Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46).

Si tratta a questo punto di stabilire se questo restrittivo orientamento ultradecennale dell'ordinamento italiano in tema di affidamenti in house risulti conforme con i principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (con particolare riguardo al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancita dall'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).

Ha osservato al riguardo la Sezione che, in tema di acquisizione dei servizi di interesse degli organismi pubblici, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie: a) da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza che vincoli di particolare modalità gestionale derivanti dall'ordinamento dell'UE o da quello nazionale (ad es.: regime di affidamento con gara) rispetto a un'altra (ad es.: regime di internalizzazione ed autoproduzione); b) (dall'altro) il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni.

Si osserva che il principio sub b) sembra presentare una valenza sussidiaria rispetto al principio sub a) (ossia, rispetto al principio della libertà nella scelta del modello gestionale).

Infatti, la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli che appaiono collocati dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno

rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato

Se questi sono gli esatti termini entro della questione, e se si considera che l'in house providing è per sua natura una delle forme caratteristiche di internalizzazione e autoproduzione, risulta che lo stesso in house providing rappresenta non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, cioè tramite gara: paradigma, quest'ultimo, che non gode di alcuna pregiudiziale preferenza.

Insomma, da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti in house (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di *prius logico* rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse. In altri termini, sembra che per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano precorribili o utilmente percorribili. Il che sembra corrispondere ad elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo.

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE ha chiarito a propria volta che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione.

In particolare, con la sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06, Commissione CE c. Governo della Germania federale, la Corte di giustizia ha chiarito che "un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche" (nell'occasione, la Corte di giustizia ha richiamato i principi già espressi con la sentenza della Terza Sezione del 13 novembre 2008 in causa C-324/07, Coditel Brabant).

Si pone a questo punto la questione della conformità fra da un lato i richiamati principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (i quali sembrano comportare una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, se non addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione) e, dall'altro, le previsioni del diritto nazionale italiano (in particolare, il comma 2 dell'art. 192 del Codice degli appalti pubblici del 2016) i quali pongono invece gli affidamenti in house in una posizione subordinata e subvalente e – come detto - li ammettono soltanto in

caso di dimostrato 'fallimento del mercato' di riferimento e a condizione che l'amministrazione dimostri in modo puntuale gli specifici benefici per la collettività connessi a tale forma di gestione. Come dire, pretermettendo la ragionevolezza del loro comportamento economico, si presume senz'altro che le amministrazioni pubbliche non siano in grado di provvedere autonomamente solo perché non agiscono nel mercato; e per superare questa presunzione occorre dimostrare che il mercato, che ha comunque la priorità perché è mercato e non perché qui assicura condizioni migliori dell'autoproduzione, non è in concreto capace di corrispondere appieno all'esigenza di approvvigionamento.

Le restrittive condizioni poste dal diritto italiano potrebbero giustificarsi in relazione ai principi e alle disposizioni del diritto dell'UE solo a condizione che lo stesso diritto dell'Unione riconosca a propria volta priorità sistematica al principio di mesa in concorrenza rispetto a quello della libera organizzazione. Ma così, ad avviso della Sezione, non pare essere.

Occorre inoltre chiarire se (ferma restando la sostanziale equivalenza, per il diritto dell'UE, fra le diverse forme di approvvigionamento di interesse delle amministrazioni) i singoli ordinamenti nazionali possano legittimamente porre una di tali forme di affidamento e gestione su un piano che si presume subordinato, assegnando comunque la priorità e la prevalenza al principio di apertura concorrenziale rispetto a quello della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche.

(2) Ha affermato la Sezione che il particolarissimo schema della partecipazione societaria che si configura come organismo 'in house' per alcune amministrazioni pubbliche e come organismo 'non-in house' per altre amministrazioni pubbliche non sembra in contrasto con il diritto comunitario.

Tale schema, tuttavia, sembra sollevare seri dubbi di contrasto con le previsioni del diritto interno, di cui occorre quindi verificare la compatibilità con il diritto dell'UE. In particolare, l'art.4, comma 1, del Testo unico sulle società partecipate stabilisce che "le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non direttamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società".

La disposizione appare in linea l'indirizzo dell'ordinamento italiano inteso a ridurre dal punto di vista quantitativo e ad ottimizzare dal punto di vista qualitativo le partecipazioni delle amministrazioni pubbliche in società di capitali. La possibilità che un'amministrazione 'non affidante' decida in un secondo momento di acquisire il controllo analogo (congiunto) e di procedere all'affidamento diretto del servizio in favore della società che si configura come organismo 'in house' per alcune

amministrazioni pubbliche e come organismo ‘non-in house’ per altre amministrazioni pubbliche appare esclusa dal diritto nazionale in quanto - se (per un verso) la gestione dei servizi di igiene urbana rientra di certo fra le finalità istituzionali degli enti locali ‘non affidanti’ - per altro verso, la semplice possibilità che l’acquisto del controllo analogo congiunto e l’affidamento diretto possano intervenire in futuro sembra non corrispondere al criterio della “stretta necessarietà” – evidentemente da considerare come attuale e non come meramente ipotetica e futura - che appare imposto dal richiamato art. 4, comma 1.

Occorre a questo punto interrogarsi circa la conformità fra il diritto dell’UE (in particolare, fra l’art. 5 della Direttiva 2014/24/UE), che ammette il controllo analogo congiunto nel caso di società non partecipata unicamente dalle amministrazioni controllanti e il diritto interno (in particolare, l’art. 4, comma 1, cit., interpretato nei detti sensi) che appare non consentire alle amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un organismo a controllo congiunto, neppure laddove tali amministrazioni intendano acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell’organismo pluripartecipato.

Approfondimenti teorici:

1. Società in house: affidamento, prevalenza dell’attività e scioglimento – I diversi modelli di in house nel codice dei contratti e nel T.U. delle società partecipate *.

Di Davide Ponte Consigliere di stato

Intervento nell’ambito Corso di formazione su “Le società a partecipazione pubblica, nel Testo unico 19 agosto 2016, n. 175”, organizzato dall’Ufficio studi massimario e formazione della giustizia amministrativa, tenutosi in data 13 – 14 dicembre 2018 presso il TAR per il Lazio.

1 L’evoluzione dell’in house.

Se la materia degli appalti coinvolge una fetta rilevante e peculiare del contenzioso amministrativo, anche a cagione del rito processuale particolarmente accelerato, il tema degli affidamenti cc.dd. in house ha interessato negli ultimi lustri non solo la giurisprudenza – europea e nazionale – ma anche la dottrina, impegnata a trovare una definitiva dimensione ad uno strumento che pareva mal visto a livello sovranazionale.

La prevenzione derivava dalla necessità di garantire il consolidamento dei principi in tema di obbligo di gara, connessi agli obiettivi di fondo nell’ottica europea, di tutela della concorrenza e di massima apertura del mercato.

Le contropunte, accusate di partire da logiche tradizionali e protezionistiche, hanno trovato involontario sostegno nella crisi della finanza pubblica che, a fronte dei costi sempre più alti derivanti dall'esternalizzazione, hanno spinto a cercare una via di ritorno al controllo pubblico delle risorse impiegate.

Ciò ha consentito un esame più sereno anche dal punto di vista giuridico, dove il *totem* dell'obbligo di gara è venuto ad essere bilanciato dal riconoscimento di una maggior autonomia a monte, in capo alla p.a. titolare delle risorse da impiegare e della responsabilità dell'oggetto di affidamento, in merito allo strumento da utilizzare.

2. Il ruolo della giustizia amministrativa.

Nel contesto di questa evoluzione, conosciuta dal dibattito sull'in house, si inserisce il rilevante ruolo svolto dalla giustizia amministrativa. In proposito, le sentenze amministrative hanno fornito più di un'interessante ipotesi applicativa della nuova visione dell'affidamento diretto quale modalità ordinaria alternativa all'esternalizzazione, non eccezionale. Invero, in sede di parere reso sui testi di riforma della disciplina in tema di società partecipate e del nuovo codice appalti, dalle stesse aule di Palazzo Spada (seppur nelle diverse vesti consultive) erano emerse indicazioni secondo cui l'opzione di fondo dovrebbe essere nel senso che la decisione di non esternalizzare l'attività deve costituire oggetto di una rigorosa motivazione tesa a dimostrare che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggiore vantaggio per i cittadini; secondo il parere, in specie nel settore dei servizi di interesse economico generale, il ricorso al mercato e non all'in house può, infatti, costituire esso stesso, permettendo l'accesso di nuovi operatori, un utile strumento di liberalizzazione economica.

Successivamente, la giurisprudenza prevalente (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez V 18 luglio 2017 n. 3554) sembra aver ricondotto l'obbligo di motivazione in tema di in house al potere ordinario della p.a., secondo il principio generale e consolidato a mente del quale ogni determina della p.a. va motivata: la scelta dell'in house va motivata, ma costituisce un percorso ordinario alternativo rispetto all'esternalizzazione.

Incidentalmente ciò pare segnare un interessante ritorno alla qualificazione autoritativa delle scelte effettuate a monte dalle pp.aa. anche in materia di affidamenti: l'impiego di risorse pubbliche impone l'adozione di determinazioni autoritative e motivate.

All'evidenza, sul versante giuridico la questione si sposta sulla necessaria verifica della sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti necessari per motivare l'affidamento diretto. Altrimenti, infatti, sotto le vesti dell'in house rischia di celarsi un'esternalizzazione pilotata.

In termini pratici, emerge altresì l'impressione dello sforzo derivante dalle difficoltà di conciliare l'esame di questioni di tale rilevanza nel contesto di sentenze brevi o semplificate che dir si voglia, all'esito di processi particolarmente accelerati rispetto alla media dei tempi di giudizio. Ciò peraltro costituisce frutto dei tempi, dove il fastidio per i controlli

giurisdizionali si accompagna ad una richiesta di sempre maggior rapidità nelle decisioni, cui gli operatori del diritto amministrativo (avvocati e giudici compresi) stanno dedicando uno sforzo non sempre compreso a livello di comunicazione generale. Invero, forse solo la crisi economica, causa principale del calo del contenzioso, rende possibile il fragile mantenimento di riti così accelerati in una materia particolarmente complessa, a fronte della carenza di risorse anche umane (basti pensare alle carenze di organico della magistratura amministrativa).

3 il contesto normativo.

In generale occorre prendere sempre le mosse da ciò che costituisce il “proprium” dell’attività del g.a., ordinariamente chiamato a svolgere un giudizio di legittimità, iniziando quindi dalle norme rilevanti nella specie ¹.

¹ D.Lgs. 18/04/2016, n. 50

Codice dei contratti pubblici.

Pubblicato nella Gazz. Uff. 19 aprile 2016, n. 91, S.O.

Art. 5 Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico

In vigore dal 20 maggio 2017

1. 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 quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
 - a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
 - b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;
 - c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata (19).
2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.
3. Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.
4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto.
5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
 - a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

8. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.

9. Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica.

(19) Lettera così modificata dall'art. 6, comma 1, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

Art. 192 Regime speciale degli affidamenti in house

In vigore dal 20 maggio 2017

1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3. (469) (470)

2. 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.

3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità, alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.

D.Lgs. 19/08/2016, n. 175

Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Pubblicato nella Gazz. Uff. 8 settembre 2016, n. 210.

Art. 2. Definizioni

In vigore dal 27 giugno 2017

1. Ai fini del presente decreto si intendono per:

...

c) «controllo analogo»: 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;

d) «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;

...

o) «società in house»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3; (6) (6) Lettera così modificata dall'art. 4, comma 1, lett. c), D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, a decorrere dal 27 giugno 2017, ai sensi di quanto disposto dall'art. 22, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 100/2017.

Art. 4. Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche

In vigore dal 1 gennaio 2018

1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. 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 delle attività sotto indicate:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero 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, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.

3. Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire 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.

4. 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.

Articolo 11

15. Agli organi di amministrazione e controllo delle società in house si applica il decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 1994, n. 444.

Art. 16. Società in house

In vigore dal 27 giugno 2017

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.

2. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1:

a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile;

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;

Le norme nazionali vanno peraltro contestualizzate all'interno del nuovo più ampio c.d. statuto dell'in house, così come risultante dalla codificazione eurounitaria e nazionale.

Infatti, dopo una lunga elaborazione giurisprudenziale, l'in house è giunto al traguardo della codificazione con una disciplina interna che, attualmente, ha una duplice articolazione cui dovrebbe aggiungersi una terza componente; al codice degli appalti (d.lgs. 50 del 2016) ed al testo unico delle società partecipate (d.lgs. 175 del 2016), dovrebbe (il condizionale è d'obbligo nel variegato panorama ordinamentale attuale) sommarsi un nuovo testo unico sui servizi pubblici locali, oggetto di un supplemento di riflessione alla luce dello stop derivante dalla sentenza n. 251 \2016 della Consulta ².

Nonostante l'apparente linearità della successione delle leggi nel tempo, per cui le nuove regole sull'in house – in specie ai sensi del codice degli appalti - si applicano per gli

c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.

3. 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 dagli enti pubblici soci. (27)

3-bis. La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. (28)

4. Il mancato rispetto del limite quantitativo di cui al comma 3 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del presente decreto.

5. Nel caso di cui al comma 4, la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinuncia a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata. (29)

6. Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti, di cui al comma 5, la società può continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.

7. Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016. (30)

(27) Comma così modificato dall'art. 10, comma 1, lett. a), D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, a decorrere dal 27 giugno 2017, ai sensi di quanto disposto dall'art. 22, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 100/2017.

(28) Comma inserito dall'art. 10, comma 1, lett. b), D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, a decorrere dal 27 giugno 2017, ai sensi di quanto disposto dall'art. 22, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 100/2017.

(29) Comma così modificato dall'art. 10, comma 1, lett. c), D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, a decorrere dal 27 giugno 2017, ai sensi di quanto disposto dall'art. 22, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 100/2017.

(30) Comma così modificato dall'art. 10, comma 1, lett. d), D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, a decorrere dal 27 giugno 2017, ai sensi di quanto disposto dall'art. 22, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 100/2017.

² Corte Costituzionale, 25/11/2016, n. 251, in Foro it. 2017, 2, I, 451 con note di D'AURIA e AMOROSO: "È costituzionalmente illegittimo l'art. 19, lett. b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u), l. 7 agosto 2015, n. 124, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata. Le disposizioni impugnate stabiliscono una serie di principi e criteri direttivi relativi alla delega al Governo per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale, la cui attuazione è demandata a decreti legislativi del Governo da adottarsi previo parere in Conferenza unificata".

affidamenti posteriori alla sua entrata in vigore, il quadro appare piuttosto complesso, per la rilevanza numerica dei soggetti in house "di vecchia generazione" ancora attivi, con la segnalata conseguente necessità di offrire soluzioni che siano in grado di conciliare le regole del diritto pretorio con le nuove e diverse indicazioni derivanti dal legislatore eurounitario.

Invero, se per un verso le norme interne han cercato comunque di coordinarsi fra loro e di attenersi alle direttive, per un altro verso le stesse direttive a propria volta si inseriscono in un ambito europeo in cui il diritto vivente della Corte di giustizia assume un primario rilievo.

4 i possibili inquadramenti.

Prima di riassumere la giurisprudenza della Cge e di analizzare un caso di peculiare interesse ai predetti fini, in quanto reso su rimessione di giudice amministrativo di italiano e relativo ad una fattispecie collocata a cavallo fra le vecchie e le nuove regole, occorre evidenziare i due possibili inquadramenti di principio, uno classico secondo le coordinate sovranazionali, uno più "sovranista", basato sulla nostra Carta costituzionale.

In primo luogo, come ricorda la più autorevole dottrina in materia ³, due sono i principi fondamentali del diritto europeo in materia di appalti: uno è il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, nel senso della libertà per i soggetti pubblici di organizzare (autorganizzare) come meglio ritengono le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse; attraverso l'autoproduzione, la cooperazione e l'esternalizzazione; l'altro è il principio di tutela della concorrenza, che ha come finalità la piena apertura dei mercati.

Nella libertà della p.a. in materia, secondo l'art. 2, paragrafo 1 della direttiva 23\2014, rientrano tre modelli equiordinati: autoproduzione (in house), cooperazione tra amministrazioni ed esternalizzazione (gare).

Tuttavia, già in tale primario schema emergono alcuni rischi di fraintendimento. Infatti, l'in house, sia nello schema disegnato dalla giurisprudenza europea che ora in quello tracciato dal legislatore sovranazionale, può riguardare sia organi legati direttamente alla p.a. e privi di personalità giuridica (autoproduzione) sia enti controllati sebbene dotati di personalità giuridica (in house in senso stretto). Quindi, al fine di rimanere nell'orbita del principio occorre rimanere nella sfera di controllo diretto, altrimenti si finirebbe con il violare il secondo principio, quello di tutela della concorrenza. Ciò impone attenzione e rigore al fine di evitare che l'in house, possa costituire uno strumento capace di eludere entrambi i principi; anche perché, come noto, la "fuga dall'amministrazione" ha molti "vantaggi" per gli interessati, avendo la p.a. obblighi doveri e poteri ben diversi rispetto ad

³ C. Volpe, Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'In House Providing: problemi vecchi e nuovi, 2015, in www.giustizia-amministrativa.it. Dottrina.

un ente privato che agisca liberamente o comunque all'interno di regole dettate da un'autorità (indipendente o amministrativa tradizionale che sia).

In secondo luogo, si è affacciato un diverso inquadramento critico, basato su di una lettura strettamente legata alle norme costituzionali.

La nostra Costituzione, infatti, con il suo riferimento generico all'iniziativa economica pubblica (art. 41) riconosce allo Stato ed in generale ai pubblici poteri il potere di svolgere attività a carattere imprenditoriale: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

La portata di tale potere è assai più larga di quella indicata dall'art. 43 ("A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale").

Infatti non vi sono limiti nella tipologia delle attività assumibili, sicché non si dovrà trattare necessariamente di servizi pubblici, fonti di energia o monopoli. La materia, inoltre, non è soggetta a riserva di legge (se non nei programmi e nei controlli), per cui vi si può provvedere in via amministrativa. In tal caso, occorre solo che l'assunzione sia giustificabile per un qualche interesse pubblico, alla pari di ogni altra azione amministrativa (anche se in concreto questa condizione è stata spesso superata autorizzando le assunzioni singolari direttamente con leggi).

Questo stato di cose (utilizzato in maniera non sempre lineare dal sistema politico italiano) insieme ai condizionamenti e alle forzate indicazioni comunitarie, ha portato ad un progressivo cambiamento della forma giuridica dell'impresa pubblica verso assetti più flessibili ed adeguati all'esercizio di attività imprenditoriali ed, in particolare, la trasformazione delle aziende autonome e degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato con risultati disastrosi per l'economia nazionale, di cui si forniscono solo alcuni dati e spunti di riflessione.

In tale ottica le società pubbliche sono uno strumento utilizzato dalle amministrazioni, generalmente, per svolgere compiti istituzionali ad esse affidati per legge e allo scopo dichiarato di: perseguire una maggior efficienza economica nella gestione di servizi pubblici; realizzare opere attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici; sostenere l'attività di impresa e l'occupazione.

A fronte di tali scopi, senz'altro pregevoli, ciò a cui si è assistito è stato una crescita esponenziale di soggetti di natura privatistica, che difficilmente è avvenuta sulla base di idonei studi preliminari di convenienza economica e di analisi del mercato nel settore di

riferimento. Al contrario, senza alcuna indagine preventiva di necessità e opportunità, si è assistito alla costituzione di società o comunque di figure soggettive alternative agli ordinari uffici ed organi dell'ente, per ogni compito amministrativo.

Nella medesima visione critica si inseriscono alcune considerazioni tratte da alcune relazioni di inaugurazione dell'anno giudiziario presso sedi regionali della Corte dei conti, dove si è rilevato come una delle più importanti anomalie del sistema delle società pubbliche il fatto che "lo strumento societario, che è previsto nel diritto civile come naturalmente preordinato a finalità di lucro, e che come tale risulta non sempre perfettamente aderente alle esigenze del sistema pubblicistico, comporta, laddove finanziato con capitale pubblico, l'ulteriore anomalia della non coincidenza della figura del socio finanziatore (i contribuenti) con quella del socio titolare dei diritti di partecipazione sociale (la pubblica amministrazione partecipante). In buona sostanza mentre nel caso del privato investitore la decisione di assumere il "rischio" di una partecipazione è diretta, nel caso delle partecipazioni pubbliche il contribuente finanziatore paga i tributi per avere servizi, scontando poi le conseguenze di decisioni di partecipazione societaria assunte, talvolta avventatamente, dai singoli enti".

5. la motivazione delle determinazioni in materia.

A fronte delle considerazioni di inquadramento sin qui svolte, non appare del tutto casuale che in tema di generalità dell'in house, quale forma di libertà della p.a., possa sorgere qualche dubbio, anche in base alla motivazione rafforzata imposta dall'art. 192 del codice appalti.

Se la stretta attualità della norma si ricollega al duplice ordine di perplessità sollevate in sede applicativa (dinanzi alla Consulta dal Tar Liguria per un presunto eccesso di delega, dinanzi alla Cge dal Consiglio di Stato per la verifica della conformità alle direttive), la giurisprudenza si è trovata spesso ad affrontare il problema del sindacato giurisdizionale sulle relative determinazioni.

A titolo esemplificativo, si è ritenuto che il comma 2 dell'art. 192 cit. - sulle modalità procedurali per l'affidamento in house — nella parte in cui impone alle stazioni appaltanti di effettuare una preventiva valutazione economica della congruità dell'offerta dei soggetti in house, non impone alcuna gara, neppure informale, fra operatori del mercato, quindi la valutazione delle congruità delle offerte dei soggetti in house prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici non può essere confusa con una sorta di gara, alla quale l'ente affidante dovrebbe invitare le imprese del settore, fra le quali il gestore uscente del servizio

4.

In termini più generali, derivanti dal contesto consultivo – normativo coinvolto, il Consiglio di Stato, in sede di commissione speciale (cfr. parere 1 febbraio 2017 n. 282), in

⁴ Cfr. ad es. T.A.R. Milano sez. IV 22 marzo 2017 n. 694.

tema di linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 stesso, ha evidenziato come la domanda di iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori non costituisca un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un «titolo» abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti. Essa ha, piuttosto, una duplice rilevanza: da un lato, consente ex se di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimentale preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore; dall'altro, detta domanda innesca una fase di controllo dell'ANAC tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa, comunitaria e nazionale, subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato.

In tale ottica l'esclusione del carattere provvedimentale finisce con il limitare ovvero allontanare lo "spettro" del controllo giurisdizionale.

6 la motivazione rafforzata ed i dubbi di compatibilità, europea e costituzionale.

Peraltro, come già evidenziato, le pur frequenti questioni che la giurisprudenza si trova ad affrontare in sede applicativa della norma in questione, dovranno fare i conti con gli esiti del duplice canale aperto sulla legittimità e conformità dello stesso art. 192 comma 2.

Per un verso, il T.a.r. per la Liguria (ordinanza 15 novembre 2018, n. 886) ha reputato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2 cit. "nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento in house, "delle ragioni del mancato ricorso al mercato", per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1, lettere a) ed eee) della legge di delegazione n. 11 del 2016 (recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014)".

Il T.a.r. ha così motivato, in punto di non manifesta infondatezza: a) l'in house providing costituisce una specifica applicazione del principio di autorganizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche; b) deve quindi ritenersi ormai definitivamente acquisito – quantomeno in ambito europeo – il principio che l'in house providing non configura affatto un'ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un mero giudizio di opportunità e convenienza economica; c) tale principio può anzi ritenersi

operante anche nell'ordinamento interno, come riconosciuto da diversi arresti del Consiglio di Stato (vengono citate: Consiglio di Stato, sezione V, 15 marzo 2016, n. 1034, in Riv. giur. servizi pubbl., 2016, 489, con nota di SORRENTINO; Consiglio di Stato, sezione V, 18 luglio 2017, n. 3554, in Guida al dir., 2017, 34, 62, con nota di D. PONTE), dovendosi valorizzare il disposto dell'art. 34, comma 20, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito in legge n. 221 del 2012; d) tale norma, specificamente dettata per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, "non contiene alcun riferimento alle ragioni del mancato ricorso prioritario al mercato, che sono ultronee rispetto all'istituto dell'in house", diversamente dall'art. 192, comma 2, del codice appalti, il quale, nell'imporre un onere motivazionale supplementare relativamente alle "ragioni del mancato ricorso al mercato", finisce con l'eccedere rispetto ai principi ed ai criteri direttivi contenuti nella legge di delega n. 11 del 2016.

Per un altro verso la quinta sezione del Consiglio di Stato ha disposto un duplice rinvio alla Corte di giustizia.

Con una prima ordinanza⁵ ha posto alla Corte di giustizia UE due quesiti interpretativi in tema di affidamento in house, chiedendo in particolare se il diritto europeo osti a una disciplina nazionale che colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto e impedisce, in talune circostanze, ad una pubblica amministrazione di acquisire una quota di partecipazione in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni.

Con una seconda ordinanza⁶, la stessa sezione ha rimesso due analoghe questioni. Da un canto, se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'art. 192, comma 2, del 'Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento. Dall'altro canto, se il diritto dell'Unione europea (e in particolare l'art. 12, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE in tema di affidamenti in house in regime di controllo analogo congiunto fra più amministrazioni) osti a una disciplina nazionale (come quella dell'art. 4, comma 1, del Testo Unico delle società partecipate, approvato con d.lgs. n. 175 del 2016) che impedisce a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una

⁵ Ord.za 7 gennaio 2019, n. 138, cfr. news us in www.giustizia-amministrativa.it, ai cui approfondimenti si rinvia.

⁶ 14 gennaio 2019, n. 293, su cui cfr. news us in www.giustizia-amministrativa.it, ai cui approfondimenti si rinvia.

posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipate.

7 gli approfondimenti giurisprudenziali.

In attesa della risposta che verrà fornita dalle Corti superiori, con particolare attenzione ai profili sostanziali sollevati dinanzi al Giudice europeo, anche al fine di inquadrare le future indicazioni, sono stati ricostruiti i più recenti passaggi giurisprudenziali⁷.

In sede di parere sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge n. 11 del 2016, il Consiglio di Stato, aveva osservato che l'onere di motivazione imposto da (quello che sarebbe diventato) l'art. 192, comma 2, secondo cui "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", costituisce "un onere motivazionale rafforzato, il quale consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche" (comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 464, le cui massime sono riportate in Foro amm., 2016, 824).

In linea generale, la giurisprudenza amministrativa, in sede di delibazione della "motivazione" resa dalla stazione appaltante sul "mancato ricorso al mercato", si mostra al momento piuttosto rigorosa: ancora di recente la stessa sezione V del Consiglio di Stato (sentenza 16 novembre 2018, n. 6456), pronunciandosi sulla legittimità di un affidamento diretto, in house, del servizio di gestione dei rifiuti per un gruppo di Comuni ricompresi in un'Assemblea territoriale d'ambito marchigiana (ATO 2 Ancona), ha ritenuto che tale onere motivazionale debba essere adempiuto mediante un "compiuto esame comparativo", da parte dell'amministrazione, sui costi medi del servizio da affidarsi e sulle relative performances che, nel medesimo ambito territoriale, risultino già svolti sia da operatori privati sia da altre società ad integrale partecipazione pubblica, statuendosi per l'effetto che "è onere dell'autorità amministrativa affidante quello di rendere comunque comparabili i dati su cui il confronto viene svolto", con necessaria allegazione di "dati di dettaglio" (nella fattispecie, posto che simili dati non erano stati forniti, si è quindi concluso nel senso di "un approfondimento insufficiente delle implicazioni derivanti dalla scelta del modello di

⁷ Cfr. News ufficio studi 29 novembre 2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

gestione in house del servizio relativo ai rifiuti”, con conseguente annullamento, in parte qua, della delibera che aveva affidato il servizio in via diretta).

Analogamente il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha affermato che “L’opzione di fondo, secondo il Collegio, dovrebbe essere nel senso che, fermo restando specifiche prescrizioni imposte dal diritto europeo, la decisione di non esternalizzare l’attività deve essere rigorosamente motivata dimostrando che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggiore vantaggio per i cittadini. La mancanza di una libera decisione da parte dell’amministrazione pubblica è maggiormente coerente con il principio generale di tutela della concorrenza...” (così il parere della Commissione speciale n. 968 del 21 aprile 2016, reso in sede di analisi dello schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, poi confluito nel d.lgs. n. 175 del 2016 il cui art. 5, comma 1, ha poi stabilito che “l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, [...] deve essere analiticamente motivato [...] evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”). In altra occasione, ancora in sede consultiva, va ricordato che il Consiglio di Stato – nel rilasciare il parere sullo schema del regolamento di attuazione degli interventi di cui all’articolo 1, commi 648 e 649, della legge n. 208 del 2015 (si tratta dello schema poi confluito nei dd.mm. nn. 125 e 126 del 2017, in tema di contributi per il decongestionamento della rete viaria e del trasporto marittimo e per i servizi di trasporto ferroviario intermodale) – ha affermato che l’affidamento ad una società in house, in via diretta, di molteplici attività di gestione (per come previsto all’art. 4 dello schema) non era assistito da un’adeguata motivazione, ricordando che, “ai sensi della vincolante disciplina sovranazionale, l’affidamento diretto di attività remunerate, da parte di pubbliche amministrazioni in favore di soggetti privati in house, non può giustificarsi solo in forza di una valutazione giuridico-formale, ma deve anche essere sorretto dalla dimostrazione della ragionevolezza economica della scelta compiuta”, con espresso richiamo proprio alla norma di cui all’art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016; così, in particolare, si legge nel parere: “Il Collegio dà per scontato che, anche nel caso di specie, tale valutazione di meritevolezza dell’affidamento alla RAM s.p.a. sia stata compiuta (giacché, diversamente, la scelta regolatoria sarebbe illegittima); sennonché, pure in questo caso, si deve purtroppo registrare un’assoluta laconicità sia della relazione tecnica sia di quella AIR (relazioni queste che, per i provvedimenti normativi, contengono, insieme all’ATN e alla relazione ministeriale, la “motivazione” degli interventi regolatori). Si impone, pertanto, la necessaria integrazione in parte qua della documentazione di supporto dello schema in esame” (Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 774 del 29 marzo 2017, le cui massime si trovano in Foro amm., 2017, 610).

Alcune oscillazioni, circa la maggiore o minore intensità dell’onere di motivazione ai sensi dell’art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, si rinvencono nella giurisprudenza di primo grado: a titolo esemplificativo, il T.a.r. per la Lombardia, sezione III, sentenza 3 ottobre 2016, n. 1781 (in Foro amm., 2016, 2453), ha annullato un affidamento in house (si

trattava dell'affidamento del servizio idrico integrato per la Provincia di Varese) proprio per la "laconicità" della motivazione spesa dall'amministrazione: si è rilevato che la relazione all'uopo predisposta (ossia, la relazione predisposta ai sensi dell'art. 34, comma 20, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito in legge n. 221 del 2012, atto prodromico all'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) "non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179. In altri termini nella relazione si dà per presupposta e scontata la scelta circa la forma di gestione del servizio senza che ne vengano illustrate le ragioni e gli elementi concreti su cui si fonda", giungendosi pertanto alla conclusione che "la scelta e il conseguente affidamento diretto fondati su determinazioni che non forniscono alcuna ragione dell'opzione esercitata a monte, sono da ritenersi di per sé illegittimi...").

A fini di delimitazione, può richiamarsi, con riferimento ad una commessa relativa all'affidamento del servizio di igiene urbana, T.a.r. per la Sardegna, sezione I, sentenza 4 maggio 2018, n. 405 (in Foro amm., 2018, 923), ha ritenuto che, in simile fattispecie, non sarebbe in radice applicabile l'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente non necessità della motivazione in caso di affidamento in house, "ove si tenga conto del fatto che il servizio di igiene urbana non è riconducibile alla categoria dei servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza; e ciò per la semplice ragione che l'art. 198 del d.lgs. n. 152/2006 (norme in materia ambientale) riserva ai comuni «in regime di privativa» la «gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento», sottraendolo, pertanto, al mercato concorrenziale".

A titolo esemplificativo di un caso in cui il giudice amministrativo ha ritenuto "esaurientemente e convincentemente motivata, tanto nei suoi profili in fatto quanto in quelli in diritto", la delibera con cui un'Azienda sanitaria aveva affidato il servizio di pulizia e sanificazione in favore di una propria società in house, può richiamarsi il T.a.r. per la Puglia – Lecce, sezione II, sentenza 5 marzo 2018, n. 383.

In termini più generali, sempre nella giurisprudenza di prime cure, si è chiarito, sempre in occasione della applicazione dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, che detta norma, nell'onere le stazioni appaltanti di effettuare una preventiva valutazione economica della congruità dell'offerta dei soggetti in house, tuttavia non impone alcuna gara, neppure informale, fra operatori del mercato: pertanto la valutazione delle congruità delle offerte dei soggetti in house prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici non può essere confusa con una sorta di gara, alla quale l'ente affidante dovrebbe invitare le imprese del settore, fra le quali il gestore uscente del servizio (così T.a.r. per la Lombardia, sezione IV, 22 marzo 2017, n. 694, in Foro amm., 2017, 697).

Inoltre, sui relativi limiti del sindacato del giudice amministrativo è stato altresì ritenuto (T.a.r. per l'Abruzzo – Pescara, sentenza 29 gennaio 2018, n. 35) che “la scelta, espressa da un ente locale, nella specie da un Comune, nel senso di rendere un dato servizio alla cittadinanza con una certa modalità organizzativa piuttosto di un'altra, ovvero in questo caso di ricorrere allo in house e non esternalizzare, è ampiamente discrezionale, e quindi, secondo giurisprudenza assolutamente costante e pacifica, è sindacabile nella presente sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta ovvero di altrettanto manifesto travisamento dei fatti”.

A fini di inquadramento della posizione che ha poi portato il Consiglio di Stato a sollevare le indicate questioni, va evidenziato come da tempo sia stata chiarita la “non eccezionalità” del ricorso al modello dell'in house (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 24 ottobre 2017, n. 4902), che a propria volta ha ribadito la più recente giurisprudenza ricordando come, stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito in legge n. 133 del 2008, e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011, sia “venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; mentre, con l'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 197, sono venute meno le ulteriori limitazioni all'affidamento in house, contenute nell'art. 4, comma 8 del predetto d.l. n. 238 del 2011”⁸.

La stessa sezione V (sentenza 22 gennaio 2015, n. 257, in Foro amm., 2015, 76,) ha non solo ribadito la natura ordinaria e non eccezionale dell'affidamento in house, ricorrendone i presupposti, ma ha pure rilevato come la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta, richiamando altresì (sentenza 18 luglio 2017, n. 3554), in senso rafforzativo, la chiara dizione del quinto “considerando” della direttiva n. 2014/24/UE, laddove si ricorda che “nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”.

In dottrina sono emerse diverse voci⁹, sia per quanto riguarda la coerenza coi criteri di delega¹⁰, sia nel senso che la norma del codice costituirebbe una violazione del c.d. divieto di gold plating, in quanto l'onere di motivazione circa la scelta dell'in house determina un livello di regolazione maggiore o più incisivo rispetto a quelli contenuti nelle disposizioni della direttiva n. 2014/24/UE¹¹.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in Dir. giur. agr. ambiente, 2013, 328, con nota di PIEROBON.

⁹ In generale, a fini di corretta ricostruzione, N. Durante, 30 settembre 2016 in studi e contributi www.giustizia-amministrativa.it; G. VELTRI, Il nuovo codice dei contratti pubblici - L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici, in Giorn. dir. amm., 2016, 436.

¹⁰ . DE NICTOLIS, I nuovi appalti pubblici, Bologna, 2017, 266 ss.

¹¹ F.E. RIZZI, La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione, in Società, 2018, 71 ss.

In ordine alla questione di rilievo maggiormente formale, sollevata con riferimento al presunto eccesso di delega, in linea generale, sulla possibile estensione della delega legislativa, e sui limiti di esercizio della delega da parte del Governo, ai sensi dell'art. 76 Cost., l'Ufficio studi ha segnalato la sentenza n. 104 del 2017 della Corte costituzionale¹², in cui si è affermato che "il legislatore delegante, nel conferire al Governo l'esercizio di una porzione di funzione legislativa, è tenuto a circoscriverne adeguatamente l'ambito, predeterminandone i limiti di oggetto e di contenuto, oltre che di tempo. Di conseguenza la legge delega non deve contenere enunciazioni troppo generali o comunque inidonee ad indirizzare l'attività normativa del legislatore delegato, ma può essere abbastanza ampia da preservare un margine di discrezionalità al Governo, sì da poter agevolmente svolgere la propria attività di 'riempimento' normativo". Più in generale, preme qui ricordare che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, la verifica di costituzionalità per eccesso di delega legislativa deve compiersi sulla base di "un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno, relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, da svolgere tenendo conto del complessivo contesto in cui esse si collocano ed individuando le ragioni e le finalità poste a fondamento della stessa; l'altro, relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega": al riguardo, al legislatore delegato spettano margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la ratio e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento, dovendosi escludere che l'art. 76 Cost. riduca la funzione del legislatore delegato ad una mera "scansione linguistica" delle previsioni stabilite dal legislatore delegante, e fermo comunque restando che l'ambito della discrezionalità lasciata al delegato muta a seconda della specificità dei criteri fissati nella legge delega¹³.

8 le diverse questioni legate al modello dell'in house.

Tornando all'inquadramento della figura in esame, alcune perplessità circa la qualifica dell'in house in termini di vera e propria autoproduzione sono emerse in relazione alla acquisita fallibilità.

Sul punto, se per un verso assume rilievo dirimente il tenore dell'art. 14 del d.lgs 175\2016 cit. , nella stessa giurisprudenza di merito erano emersi elementi e considerazioni in proposito 14. Sul punto meritano di essere richiamate le parole spese in sede consultiva

¹² in Foro it., 2017, I, 2540, con nota di G. PASCUZZI, Il fascino discreto degli indicatori: quale impatto sull'università?, ed in Giur. cost., 2017, 1063, con note di G. SERGES, Delegazione legislativa, legislazione regionale e ruolo del potere regolamentare, e di G. TARLI BARBIERI, L'"erompere" dell'attività normativa del governo alla luce della sent. n. 104 del 2017: conferme e novità da un'importante pronuncia della corte costituzionale, nonché oggetto della News US in data 16 maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ così, da ultimo, Corte cost., sentenza n. 10 del 2018, in Foro it., 2018, I, 1119, ed in Giur. cost., 2018, 137, con nota di G. TARLI BARBIERI, Storia di una delega "inutile"? Lo "strano caso" deciso dalla sent. n. 10/2018 della Corte costituzionale, nonché oggetto della News US in data 31 gennaio 2018.

¹⁴ Corte appello Napoli, 27 ottobre 2015, sez. feriale, in Giurisprudenza Commerciale, fasc.1, 2017, pag. 130 con nota di Petitti, Le società in house falliscono per il Testo Unico.

(Consiglio di Stato comm. spec., 14/03/2017, n. 638) in tema di parere sullo schema di decreto legislativo concernente disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 175 cit.: “la possibilità di fallire, prevista in modo sufficientemente chiaro dall'art. 14, deve essere coordinata con la disciplina dell'art. 21, comma 1, che impone alle pubbliche amministrazioni locali partecipanti di accantonare nel bilancio un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Da ciò deriva che, nel caso di società interamente partecipate dall'ente locale, qualora quest'ultimo non intenda dismettere la partecipazione o porre in liquidazione la società, sarà obbligato a ripianare le perdite, eventualità quest'ultima che negherebbe in radice la possibilità per le società in house di fallire. È, pertanto, necessario chiarire che dall'obbligo di accantonamento di cui al comma 1 dell'art 21, non deriva un obbligo di ripiano, potendo le pubbliche amministrazioni locali partecipanti decidere di non ripianare il bilancio delle società in house, in considerazione della sperimentata necessità di rivolgersi al mercato”.

Analoghi elementi, in specie rispetto ai limiti dell'istituto, possono trarsi dalla presa di posizione delle Sezioni unite della Cassazione, che hanno escluso le finalità ideali, in tema di fondazioni: “e fondazioni di diritto privato non rientrano tra i soggetti in house , in quanto enti caratterizzati dall'assenza di finalità di lucro. Infatti, la figura dell'affidamento in house trova la sua precipua collocazione nell'ambito di attività economiche svolte sul mercato con criteri imprenditoriali e secondo logiche concorrenziali ¹⁵.

Per certi versi sulla stessa lunghezza d'onda si è mossa una parte della giurisprudenza amministrativa ¹⁶, secondo cui, qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, 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, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione in house non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, è applicabile.

Alcuni dubbi sono stati altresì sollevati in merito alla parziale e possibile esclusione dalla trasparenza. In sede consultiva ¹⁷, nel parere sullo schema di Linee guida aventi ad oggetto « Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici

¹⁵ Cassazione civile sez. un. 02 febbraio 2018 n. 2584.

¹⁶ Consiglio di Stato Sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, Centro Hospitalar, in Dir. pubbl. comparato ed europeo, 2014, 1373, con nota di FERRARI

¹⁷ cfr. ad es. Consiglio di Stato comm. spec., 29 maggio 2017, n. 1257.

economici », per quanto concerne le società quotate in borsa, si è evidenziato come lo stesso schema, dopo averle escluse dal secondo ambito di applicazione del d.lg. 33/2013, le ricomprende nel terzo ambito, al pari dei soggetti espressamente considerati al comma 3 dell'art. 2-bis del d.lg. 33/2013. Al riguardo, la scelta di esonerare le società quotate dagli obblighi di trasparenza, se da un lato potrebbe essere giustificata dall'esigenza di contemperare gli interessi pubblici sottesi alla normativa anticorruzione e trasparenza con la tutela degli investitori e dei mercati finanziari, dall'altro non sarebbe giustificata se si considera la ratio dell'esonero. In materia, è stata fatta anche una segnalazione al Parlamento ed al Governo, sulla incongruità dell'esenzione dal regime del secondo ambito (oltre che per le società quotate in borsa, anche) per le società che emettono strumenti finanziari in mercati regolati — l'esenzione vigente, infatti, comprende quest'ultime, in ragione del rinvio all'accezione ampia di « società quotata » contenuta all'art. 18 del d.lg. 175/2016. L'opzione prescelta dalle linee guida richiede dunque, secondo il parere, quanto meno una motivazione più approfondita.

Proseguendo nella rapida carrellata esemplificativa, non potevano mancare diverse questioni sul riparto di giurisdizione.

Sul versante della giurisdizione civile, in tema di società in house si è statuito che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per le azioni civili in caso di responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate; si configura, invece, la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti delle società in house. A ribadire la regola di riparto di giurisdizione sono le Sezioni unite, che ricordano come a decidere sia il giudice ordinario, salvo l'ipotesi di concorso con la giurisdizione contabile, tutte le volte in cui emerge un danno erariale ¹⁸.

Analogamente, è stato affermato che il reclutamento del personale delle società in house, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 112 del 2008 , conv. con modif. in l. n. 133 del 2008 , nel testo risultante dalle modifiche apportate dalla l. n. 102 del 2009 di conversione del d.l. n. 78 del 2009 , avviene secondo i criteri stabiliti dall' art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001 , che impongono l'esperimento di procedure concorsuali o selettive, sicché la violazione di tali disposizioni, aventi carattere imperativo, impedisce la conversione dei rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato ¹⁹.

A fini di certezza delle regole di ingaggio, la giurisprudenza anche amministrativa ha cerca di mettere qualche paletto, in specie in tema di rito processuale applicabile, come laddove si è ritenuto che anche le impugnazioni di affidamenti in house di contratti pubblici di lavori servizi e forniture siano soggetti al rito appalti ²⁰.

¹⁸ Cassazione civile sez. un. 13 settembre 2018 n. 22406.

¹⁹ Cassazione civile sez. lav. 29 agosto 2018 n. 21378.

²⁰ Consiglio di Stato, sez. V 29 maggio 2017, n.2533.

9 l'importanza della giurisprudenza europea.

Come già evidenziato, il modello attuale di ordinamento europeo comporta una primaria rilevanza, anche in materia, dei principi dettato dalla giurisprudenza sovranazionale.

In tale contesto la giurisprudenza nazionale, anche laddove opti per la strada del sindacato debole, finisce spesso con l'invocare l'intervento della CGE 21. Nella stessa ottica anche il Consiglio di Stato, quale Giudice di ultima istanza, sempre più di frequente chiede l'intervento definitivo della stessa Corte, come ad esempio in ordine ad una questione interpretativa concernente l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, nelle ipotesi c.d. de minimis di cui all'art. 5, par. n. 4, del Regolamento CE 23 ottobre 2017, n. 1370/22.

²¹ T.A.R. Latina (Lazio) sez. I 14 maggio 2018 n. 255

In materia di servizio di trasporto pubblico locale, vanno rimessi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea i seguenti quattro quesiti interpretativi: 1) se l'articolo 5, par. 2 del regolamento CE n. 1370/2007 (in particolar modo per quanto concerne il divieto — di cui alle lettere «zbz» e «dzd» — per un operatore interno, di partecipare a gare extra moenia), debba o meno trovare applicazione anche agli affidamenti aggiudicati in epoca precedente all'entrata in vigore del medesimo regolamento; 2) se sia astrattamente riconducibile alla qualifica di 'operatore interno' — ai sensi del medesimo regolamento ed in eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formatasi sull'istituto dell'in house providing — una persona giuridica di diritto pubblico titolare di affidamento diretto del servizio di trasporto locale ad opera dell'Autorità statale, laddove la prima sia direttamente collegata alla seconda sotto il profilo organizzativo e di controllo ed il cui capitale sociale sia detenuto dallo Stato medesimo (integralmente o pro quota, in tal caso unitamente ad altri enti pubblici); 3) se sia o meno una circostanza idonea a sottrarre l'affidamento diretto di servizi ricadenti nell'ambito di disciplina del regolamento (CE) n. 1370/2007 il fatto che, successivamente all'affidamento, l'Autorità statale istituisca un ente pubblico amministrativo dotato di poteri organizzativi sui servizi in questione ma non esercitante alcun «controllo analogo» sull'affidatario diretto dei servizi (rimanendo peraltro in capo allo Stato l'esclusivo potere di disporre del titolo concessorio); 4) se l'originaria scadenza di un affidamento diretto oltre il termine trentennale del 3 dicembre 2039 (termine decorrente dalla data di entrata in vigore del regolamento CE 1370/2007) comporti comunque la non conformità dell'affidamento ai principi di cui al combinato disposto degli articoli 5 ed 8, par. 3 del medesimo regolamento, ovvero se detta irregolarità debba considerarsi automaticamente sanata, ad ogni fine giuridico, per implicita riduzione ex lege (articolo 8, par. 3 cpv) a tale termine trentennale

²² Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 16 luglio 2018, n. 4303: Va rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione se l'art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23/10/2007 n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell'affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria.

Con l'ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di giustizia UE di chiarire la nozione di "divieto posto dalla legislazione nazionale" contemplato dall'art. 5, par. n. 4, del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007 per consentire agli Stati membri di prevedere l'obbligo della gara anche nelle ipotesi di affidamenti sotto soglia (c.d. ipotesi de minimis). Come è noto, in materia di servizio di trasporto pubblico locale, la normativa euro-unitaria consente — in alcuni casi specificamente individuati in base alle soglie di rilevanza dell'appalto (c.d. de minimis) — di derogare alla regola dell'affidamento con gara, ammettendo la facoltà dell'autorità amministrativa di aggiudicare il contratto in via diretta: ciò, tuttavia, "A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale" (così l'incipit del par. n. 4 dell'art. 5 cit.). Secondo il Consiglio di Stato, questa disposizione non chiarisce se il divieto di affidamento diretto, che discenda da una previsione nazionale, debba essere esplicito (debba, cioè, risultare da una specifica ed espressa clausola di divieto contenuta nella legge nazionale) oppure possa essere anche desunto, implicitamente, dalla circostanza che la legge nazionale, pur senza imporre a chiare lettere un simile divieto, si limiti a stabilire la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del servizio.

Dal canto suo la Corte cerca di dare il proprio apporto, dopo gli anni di delimitazione dell'istituto, fornendo ad esempio ulteriori chiarimenti circa il requisito della c.d. attività prevalente necessario per individuare un legittimo affidamento in house con la sentenza ²³ resa in decisione di una questione rimessa dal Consiglio di Stato (ordinanza sez. V, 20 ottobre 2015 n. 4973).

Tale pronuncia è apparsa particolarmente rilevante per l'ordinamento nazionale, in via formale, a fronte della sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità ²⁴, per vizi del procedimento di approvazione della l. n. 124 del 2015 (c.d. legge delega Madia), attuata, nella parte di interesse (disciplina della società pubbliche e, in particolare, dell'in house), dagli artt. 2, co.1, lett. o), e 16, d.lgs. n. 175 del 2016.

In termini sostanziali, peraltro, l'interesse deriva dal fatto di trovarsi a cavallo fra vecchia e nuova disciplina, cosicché la Corte, pur trovandosi ad applicare i propri precedenti principi, ha modo di procedere ad una prima verifica di confronto rispetto alle novità normative. Ciò appare di particolare interesse in quanto anche la CGE si trova ad affrontare quello che costituisce problematica costante per i giudici nazionali.

In particolare, la fattispecie concreta rimessa alla Corte UE nasceva dall'impugnativa, da parte di un'impresa di settore, di una delibera comunale che, ritenendo sussistenti i presupposti per l'affidamento in house ad una società a partecipazione pubblica, assegnava alla stessa un appalto del servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti urbani. L'ordinanza di rimessione dopo aver svolto un esame ricostruttivo del panorama normativo italiano e della giurisprudenza europea in tema di in house, al fine di risolvere la controversia sottoponeva alla Cge i due seguenti quesiti: "se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento all'attività imposta da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci"; "se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del cd. controllo analogo".

²³ Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15, Undis: In materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici, detti «in house», al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice e segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo; tale ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi. In materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici, detti «in house», al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, tra le quali, all'occorrenza, l'attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto.

²⁴ cfr. Corte cost. n. 251 del 2016 oggetto della News US del 1 dicembre 2016, in www.giustizia-amministrativa.it ai cui approfondimenti si rinvia.

La Corte europea, nel formulare i principi formulati riassunti nelle due massime, riportate in nota, ha preso e le mosse dall'individuazione dell'obiettivo della disciplina in tema di in house.

In proposito ha ribadito che il requisito soggettivo – ovvero che il soggetto cui attribuire l'affidamento diretto svolga l'attività prevalente con l'ente o con gli enti locali che lo controllano - è finalizzato a garantire che la direttiva 2004/18 trovi applicazione anche nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese.

Da ciò ne consegue, secondo la Corte, una serie di corollari.

In primo luogo, un'impresa non sia necessariamente privata della libertà di azione per il mero fatto che le decisioni che la riguardano siano prese dall'ente o dagli enti locali che la controllano, se essa può svolgere ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori; per contro, qualora le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente o agli enti locali in questione, appare giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 2004/18, i quali sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere.

In secondo luogo, qualsiasi attività dell'ente affidatario che sia rivolta a persone diverse da quelle che lo controllano (anche se pp.aa.), deve essere considerata come svolta a favore di terzi.

In terzo luogo, al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo; tale ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi.

Infine, per valutare il requisito dello svolgimento dell'attività prevalente, il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative 25.

Nell'ambito di una vasta casistica, nazionale e comunitario, sull'in house sono diverse le pronunce rese negli ultimi anni dalla Corte del Lussemburgo, oltre a quelle più note e richiamate da tutti gli approfondimenti in materia.

²⁵ Per una interessante e completa analisi, sia della sentenza che dell'evoluzione della giurisprudenza, v. A.Giusti, I requisiti dell'in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, n. 2, UTET, p. 439.

A titolo esemplificativo la sentenza Sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, Centro Hospitalar 26, secondo cui “qualora l’aggiudicatario di un appalto pubblico sia un’associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell’affidamento di tale appalto, 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, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della corte affinché l’affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un’operazione in house non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, è applicabile.

Sempre la Sez. V, con la sentenza 8 maggio C-15713, Technische 27, che si è soffermata sulla disciplina del c.d. in house orizzontale, stabilendo che “l’art. 1, par. 2, lett. a), direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un’università che è un’amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno stato federale tedesco e, dall’altro, un’impresa di diritto privato detenuta dallo stato federale e dagli stati federali tedeschi, compreso detto stato federale, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previste da detta direttiva”.

Non perde di attualità l’interesse per la nota sentenza della Sez. III, 29 novembre 2012, C-182/ e C-183/11, Soc. Econord 28, che ha delineato in modo puntuale le caratteristiche del controllo analogo, chiarendo che tale condizione sussiste quando l’affidatario è assoggettato al controllo effettivo, strutturale e funzionale, dell’amministrazione aggiudicatrice, la quale deve essere in grado di influenzarne in maniera determinante sia gli obiettivi strategici, sia le decisioni maggiormente rilevanti; si è anche puntualizzato che, nell’eventualità in cui l’aggiudicatario sia un ente posseduto in comune da più autorità pubbliche, il controllo analogo può essere esercitato anche congiuntamente.

10 considerazioni prospettive.

In tema di in house sarebbe illusorio svolgere qualsiasi considerazione conclusiva. Oltre ad una prassi sempre più complessa, la stessa evoluzione normativa impone di mantenere alta l’attenzione sull’evoluzione dell’istituto e sulla stessa attualità del modello.

In tale contesto, se per un verso le indicazioni che verranno all’esito dei più recenti rinvii alle Corti superiori assumeranno valore decisivo nel prosieguo dell’analisi dell’in

²⁶ in Dir. pubbl. comparato ed europeo, 2014, 1373, con nota di FERRARI.

²⁷ in Foro it., 2015, IV, 40, con nota M. CASORIA, ivi ogni ulteriore riferimento di dottrina e giurisprudenza anche relativo alle nuove direttive del 2014

²⁸ in Urbanistica e appalti, 2013, 307, con nota di F. LEGGIADRO.

house, per un altro verso le stesse rimessioni da ultimo intervenute costituiscono uno dei tanti aspetti ancora aperti.

Oltre al tema dell'estensione della motivazione in ordine alla scelta dell'affidamento diretto e del relativo sindacato, ciò che impegnerà ancora per molto tempo gli operatori del diritto non potrà che essere la verifica nel caso di specie della sussistenza o meno dei necessari presupposti, fra i quali l'elasticità del controllo analogo, specie in caso di controllo frammentato o congiunto, resta il più complesso, al fine di evitare che un presunto controllo analogo a quello tenuto sugli uffici pubblici nasconda un affidamento diretto in violazione dei principi dell'evidenza pubblica. In tale ottica la giurisprudenza, in casi analoghi di nell'in house pluripartecipato, ha evidenziato la necessità che anche le amministrazioni pubbliche, in possesso di partecipazioni di minoranza, debbano poter esercitare il controllo analogo in modo congiunto con le altre, a condizione che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti; b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato; c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

Un eccessivo allargamento delle maglie rischierebbe di far rientrare dalla finestra ciò che, ragionevolmente, è stato fatto uscire dalla porta: il mito dell'esternalizzazione ad ogni costo.

D'altronde la delicatezza del concetto stesso di controllo è nota, anche oltre il diritto amministrativo dove invero negli ultimi lustri è parso un po' affievolirsi, sotto costanti attacchi ordinamentali e non. A mero titolo esemplificativo, l'importanza del controllo è stata ricordata anche, seppur in termini critici, da alcune frasi celebri di "campioni" del rispettivo settore, come Jim Morrison ("chiunque controlla i media controlla le menti") e Mario Andretti ("se tutto è sotto controllo stai andando troppo piano"). Invero, forse più coerente ai principi di fondo di un ordinamento moderno sarebbe la citazione, seppure profondamente amara e di sapore prettamente critico, di un premio nobel (Dario Fo): "Non dobbiamo permettere ai politici di agire senza controllo".

Fonte: Foro amm. CDS, fasc.1, 2007, pag. 344

Autori: Dauno F.G. Trebastoni

IDENTIFICAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI E RELATIVA DISCIPLINA

1. L'irrilevanza dell'attribuzione di pubblicità ad un ente ad opera del legislatore. — 2. Il problema dell'individuazione dell'ente pubblico in assenza di una definizione legislativa. La necessità di individuare gli istituti positivi che formano la disciplina generale degli enti pubblici. — 3. Le limitazioni di capacità dell'ente pubblico. — 4. La posizione di privilegio delle pubbliche amministrazioni e l'applicazione delle norme speciali. — 5. La titolarità di poteri amministrativi. L'equiparazione tra soggetti pubblici e soggetti privati che svolgano attività amministrativa, o sono tenuti all'applicazione della normativa comunitaria. La giurisdizione sugli atti. Le relazioni tra enti. — 6. Le diverse tipologie di enti, e la necessità di utilizzare i vari indici di riconoscimento in maniera combinata. I soggetti pubblici nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale: il controllo pubblico e la funzionalizzazione dell'attività.

1. L'irrilevanza dell'attribuzione di pubblicità ad un ente ad opera del legislatore.

Come è noto, l'organizzazione pubblica nel suo complesso consta di una pluralità di organizzazioni, in genere dotate di propria personalità giuridica, e come tali idonee ad essere titolari di poteri amministrativi.

Per amministrazioni pubbliche (in senso soggettivo) possono intendersi gli apparati che svolgono le attività che costituiscono l'amministrazione pubblica in senso oggettivo, cioè le attività svolte nell'interesse dei cittadini, in attuazione dell'indirizzo degli apparati politici e nel rispetto di specifici principi costituzionali e di un'articolata disciplina che ne costituisce svolgimento (1)

Un'elencazione abbastanza esaustiva delle pubbliche amministrazioni nel nostro ordinamento è quella contenuta nell'art. 1 comma 2, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, recante « norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche », laddove, nel dichiarato fine di disciplinare « l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche », si precisa che « per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) e le Agenzie di cui al d.lg. 30 luglio 1999 n. 300 ».

Come si vede, si tratta di una elencazione di una serie di figure soggettive previste dal sistema, nell'ambito della quale si fa un generico riferimento, tra l'altro, a « tutti gli

enti pubblici non economici », la cui individuazione dovrebbe essere effettuata dall'ordinamento positivo. Il problema dell'individuazione dell'ente pubblico da parte dell'interprete non dovrebbe quindi sorgere nelle ipotesi in cui sia il diritto positivo ad affermare espressamente la natura giuridica di un soggetto.

Tuttavia, neppure la qualificazione operata dalla legge risulta sempre decisiva, tanto è vero che C. cost., 28 dicembre 1993 n. 466 (2), ha dichiarato la spettanza alla Corte dei conti del potere di controllo sulla gestione finanziaria delle società per azioni costituite a seguito di trasformazione di enti pubblici economici (Iri, Ina, Eni, Enel), fino a quando sussista una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario. Vale a dire che la pubblicità, che è il naturale presupposto del controllo della Corte dei conti (la quale, ex art. 100 cost., « partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria »), permane anche in presenza di una persona giuridica formalmente privata. In quel caso, la cui soluzione è risultata poi determinante per lo sviluppo successivo in tema di responsabilità erariale, il problema si poneva per l'applicazione della l. 21 marzo 1958 n. 259, relativa alla « partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria », il cui art. 12 dispone che « il controllo previsto dall'art. 100 cost. sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisca con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria, è esercitato [...] da un magistrato della Corte dei conti, nominato dal Presidente della Corte stessa, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione ».

In sostanza, la Corte costituzionale ha dovuto risolvere la questione se gli enti, sebbene privatizzati, nella loro forma giuridica possano essere ancora oggetto di quel controllo previsto dalla citata norma del 1958 per gli « enti pubblici », precisando a tal fine che « le ragioni che stanno alla base del controllo spettante alla Corte dei conti sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione non possono [...] considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio (ora trasformato in capitale azionario) tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato » (3)

Per quanto riguarda poi il dato letterale, la Corte rileva che « se è vero che l'art. 12, l. n. 259 riferisce il controllo in questione agli “enti pubblici”, è anche vero che la disposizione espressa con tale articolo non può non richiedere un'interpretazione adeguata al dettato costituzionale, anche in relazione alla funzione propria di questo tipo di controllo ed alla evoluzione subita, rispetto al tempo dell'enunciazione della

norma, dalla stessa nozione di ente pubblico ». Inoltre, « l'art. 100 comma 2, cost., pur rinviando alla legge ordinaria la determinazione dei casi e delle forme del controllo, riferisce il controllo stesso agli “enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria”, senza porre distinzione alcuna tra enti pubblici ed enti privati ».

Ed è la stessa Corte a ricordare come « la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando: e questo in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico [...]; dall'altro, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica (art. 2, direttiva Cee n. 80/723, in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche; art. 1, direttiva Cee n. 90/531, in tema di procedure di appalto degli enti erogatori di servizi) ».

E oltre al fatto che « le società per azioni derivate dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica, quali quelle, ad esempio, che si collegano all'assunzione della veste di concessionarie necessarie di tutte le attività in precedenza attribuite o riservate agli enti originari o che mantengono alle nuove società le attribuzioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità ed urgenza già spettanti agli stessi enti [...] » , un elemento nel senso sostenuto dalla Corte è dato infine dalla « 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 (spettanti al Ministro del tesoro, ma previa intesa con altri Ministri [...]), 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 [...] »; senza considerare « il vincolo esterno connesso al fatto che i ricavi derivanti dalla cessione dei cespiti da dismettere vanno destinati alla riduzione del debito pubblico [...] » (4)

Ma come non lo è quando un ente viene espressamente definito privato, la qualificazione operata dalla legge non risulta decisiva neppure nei casi in cui di un ente viene sancita la pubblicità (5). Il carattere sostanziale della distinzione tra enti pubblici ed enti privati, con la possibilità quindi del contrasto con tale carattere della qualificazione che eventualmente la norma dia dell'ente in modo esplicito, emerge infatti anche da C. cost., 7 aprile 1988 n. 396 (6) , che ha dichiarato l'illegittimità

costituzionale dell'art. 1, l. 17 luglio 1890 n. 6972 (« Norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza » - Ipab), nella parte in cui non prevede che le Ipab regionali e infraregionali possano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano i requisiti di un'istituzione privata.

2. Il problema dell'individuazione dell'ente pubblico in assenza di una definizione legislativa. La necessità di individuare gli istituti positivi che formano la disciplina generale degli enti pubblici. Emerge quindi che ente pubblico è quello che, al di là della definizione normativa, possa comunque essere ritenuto tale (7), nel senso che le definizioni legislative non vincolano l'interprete, il quale dovrà determinare la natura dell'ente indipendentemente dalla sua denominazione, per cui la stessa qualificazione esplicita è irrilevante se in contrasto con l'effettiva natura (8)

Ma l'ordinamento non sempre afferma esplicitamente la natura pubblica di un soggetto, facendo sorgere così il problema di stabilire, a fronte di determinate figure soggettive, se esse siano ascrivibili al genere degli enti pubblici ovvero delle persone giuridiche private; oppure, in altri casi, di stabilire, a fronte di determinate figure soggettive, certamente di carattere pubblico, se esse siano ascrivibili al genere degli enti pubblici non economici (perché per quelli economici la disciplina applicabile è diversa, ed è riconducibile quasi interamente all'area del diritto privato). In questi casi si pone cioè il problema di individuare il carattere, pubblico o privato, economico o non economico, di una singola figura soggettiva.

Ora, « l'identificazione in concreto dell'ente pubblico (la predicabilità in concreto di un determinato ente come pubblico), laddove incerta, deve essere fatta analizzando la disciplina giuridica propria di esso (gli elementi di disciplina certi); ricavando da questi elementi, in base a parametri normativi predeterminati », l'essere pubblico dell'ente; ciò da cui a sua volta deriva l'applicabilità all'ente stesso di altri elementi di disciplina, che viceversa sono incerti e che sono quelli propri degli enti pubblici in quanto tali. [...] Ma se si scende al concreto e si vede come avviene questa identificazione, cioè si scende all'applicazione in concreto di questo procedimento interpretativo, ci si scontra con una difficoltà assai grave: che non risultano positivamente stabiliti questi “parametri normativi predeterminati” in base ai quali interpretare gli elementi di disciplina certi propri di un ente come quelli tali da designarne la pubblicità. Con altre parole, si può dire che non esistono parametri predeterminati » (9)

Rinviando ad un paragrafo successivo l'esame dei criteri che è possibile utilizzare per rilevare la pubblicità di un ente, è intanto necessario precisare che la qualificazione di un ente come pubblico è importante perché comporta conseguenze giuridiche di rilievo, anche se poi la presenza di qualcuna di tali conseguenze è spesso considerata come indice rivelatore della pubblicità, per cui vi è una certa sovrapposizione tra

presupposti e conseguenze. Alle amministrazioni pubbliche, infatti, si applica in via generale una disciplina del tutto propria, che non trova invece applicazione alle figure riconducibili al diritto privato, nel senso che « esistono norme, o complessi normativi, alcuni di rilevante spessore, la cui applicazione agli “enti pubblici” è espressamente prevista da norme dell'ordinamento positivo ovvero da principi giurisprudenziali ormai consolidati » (10) In primo luogo, la qualificazione di un apparato organizzativo come amministrazione pubblica comporta, in generale, che è destinatario dell'insieme di norme che possono considerarsi svolgimento di quegli specifici principi costituzionali che fondano il diritto amministrativo, e che hanno come riferimento il fatto che il compito di ogni amministrazione pubblica è la realizzazione di pubblici interessi (11) In dottrina si è effettuata una classificazione in categorie, avente carattere descrittivo, degli istituti positivi, a cui si farà di seguito riferimento citandone alcuni, che formano la disciplina generale degli enti pubblici (12)

.3. Le limitazioni di capacità dell'ente pubblico.

Così, la prima categoria comprende i c.d. « istituti di deminutio della capacità », che comportano l'incapacità in capo all'ente a porre in essere determinati atti, ovvero obblighi di compiere determinati atti od operazioni, in deroga al diritto comune (13) Tra questi istituti uno dei più importanti (tanto da essere considerato il carattere più qualificante del regime degli enti pubblici) è la perdita della capacità di disporre di sé stessa da parte della preesistente organizzazione, cioè l'indisponibilità della propria esistenza. Tale carattere necessario dell'ente pubblico comporta innanzitutto l'impossibilità per l'ente di autoscioglimento, o di decisione autonoma di privatizzazione, come l'impossibilità di sottrarre i beni alla loro destinazione. Indisponibilità della propria esistenza che è soltanto una conseguenza della doverosità del perseguimento dell'interesse pubblico, perché l'ente pubblico è istituito con quella che viene definita una precisa « vocazione » allo svolgimento di una specifica attività di rilevanza collettiva (14)

Gli enti pubblici sono tenuti al rispetto di determinate norme per quanto riguarda redazione del bilancio, utilizzo dei mezzi finanziari, assunzione di personale.

La loro attività deve conformarsi alle norme del d.lg. n. 165 del 2001, recante « norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche », per quanto riguarda l'organizzazione degli uffici e i rapporti di impiego. Le persone fisiche legate da un rapporto di servizio con un ente pubblico sono soggette ad un particolare regime di responsabilità penale, civile ed amministrativa, e sono tenute al rispetto del segreto d'ufficio (15) . Per esse sono spesso poste specifiche incompatibilità, la cui previsione è tipica dell'esistenza di funzioni pubbliche delicate, che il legislatore vuole salvaguardare, nel loro svolgimento, da interferenze e attività che potrebbero farle deviare dal rispetto delle norme e dei principi costituzionali che governano ogni attività amministrativa.

Gli enti pubblici sono tenuti al rispetto dei principi applicabili alle pubbliche amministrazioni, e alcuni loro beni sono soggetti ad un **regime speciale**. Anche l'attività posta in essere utilizzando gli strumenti del diritto privato è disciplinata da regole speciali, finalizzate ad assicurare che la scelta del contraente avvenga nel rispetto dei principi di imparzialità e di economicità.

4. La posizione di privilegio delle pubbliche amministrazioni e l'applicazione delle norme speciali.

Nella seconda categoria rientrano i c.d. « istituti di privilegio », che sottraggono l'ente all'applicazione di determinate norme di diritto comune, in genere poste a tutela dei terzi, e finalizzate a consentire all'ente determinate facoltà derogatorie rispetto alla normativa comune (16) Vi rientra perciò la sottrazione al regime fallimentare, stabilita per gli enti pubblici che esercitano attività di impresa (art. 2221 c.c.; art. 1, r.d. 16 marzo 1942 n. 267 - legge fallimentare).

Ai beni dell'ente, in quanto destinati ad una funzione o servizio pubblico o alla stessa sua sede, non trovano applicazione tutti quegli istituti di diritto comune che ne comportino la sottrazione alla destinazione stessa, e in particolare l'esecuzione forzata da parte dei creditori (17) Tale conclusione viene tratta, innanzitutto, dall'art. 4, l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, ai sensi del quale « quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio », e « l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso ».

Tale disposizione va poi integrata dal successivo art. 5, secondo cui « in questo, come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi » (la c.d. disapplicazione) (18) La norma è stata sempre intesa in modo estensivo dalla giurisprudenza, come impediente, più in generale, il sindacato e l'ingerenza del giudice ordinario sull'esercizio della discrezionalità amministrativa (19)

Inoltre, l'art. 828 c.c., relativo alla « condizione giuridica dei beni patrimoniali », al comma 2 dispone che « i beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano », e il successivo art. 830, relativo ai « beni degli enti pubblici non territoriali », al comma 2 dispone che « ai beni di tali enti che sono destinati a un pubblico servizio si applica la disposizione del comma 2 dell'art. 828 ».

La possibilità di ottenere coattivamente quanto dovuto, in caso di inadempimento di una pubblica amministrazione, anche laddove possibile incontra comunque delle limitazioni.

Infatti, l'art. 14, d.l. 31 dicembre 1996 n. 669, conv. in l. 28 febbraio 1997 n. 30, relativo alla « esecuzione forzata nei confronti di pubbliche amministrazioni », dispone, al comma 1, che « le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto » (20) Di rilievo è anche l'art. 159 (« Norme sulle esecuzioni nei confronti degli enti locali »), del d.lg. 18 agosto 2000 n. 267 (Testo unico leggi sull'ordinamento degli enti locali), il quale dispone che:

1) « Non sono ammesse procedure di esecuzione e di espropriazione forzata nei confronti degli enti locali presso soggetti diversi dai rispettivi tesoriери. Gli atti esecutivi eventualmente intrapresi non determinano vincoli sui beni oggetto della procedura espropriativa ».

2) « Non sono soggette ad esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice, le somme di competenza degli enti locali destinate a:

a) pagamento delle retribuzioni al personale dipendente e dei conseguenti oneri previdenziali per i tre mesi successivi;

b) pagamento delle rate di mutui e di prestiti obbligazionari scadenti nel semestre in corso;

c) espletamento dei servizi locali indispensabili ».

3) « Per l'operatività dei limiti all'esecuzione forzata di cui al comma 2 occorre che l'organo esecutivo, con deliberazione da adottarsi per ogni semestre e notificata al tesoriere, quantifichi preventivamente gli importi delle somme destinate alle suddette finalità ».

4) « Le procedure esecutive eventualmente intraprese in violazione del comma 2 non determinano vincoli sulle somme né limitazioni all'attività del tesoriere » (21)

L'art. 27 comma 13, l. 28 dicembre 2001 n. 448 (legge finanziaria 2002), dispone che « non sono soggette ad esecuzione forzata le somme di competenza degli enti locali a titolo di addizionale comunale e provinciale all'Irpef disponibili sulle contabilità speciali di girofondi intestate al Ministero dell'interno. Gli atti di sequestro e pignoramento eventualmente effettuati su tali somme non hanno effetto e non comportano vincoli sulla disponibilità delle somme ».

Ancora, l'art. 1, d.l. 25 maggio 1994 n. 313, conv. in l. 22 luglio 1994 n. 460, di « disciplina dei pignoramenti sulle contabilità speciali delle prefetture, delle direzioni di amministrazione delle Forze armate e della Guardia di finanza », dispone (comma 1) che « i fondi di contabilità speciale a disposizione delle prefetture, delle direzioni di amministrazione delle Forze armate e della Guardia di finanza, nonché le aperture di

credito a favore dei funzionari delegati degli enti militari, destinati a servizi e finalità di protezione civile, di difesa nazionale e di sicurezza pubblica, nonché al pagamento di emolumenti e pensioni a qualsiasi titoli dovuti al personale amministrato, non sono soggetti ad esecuzione forzata, salvo che per i casi previsti dal capo V del titolo VI del libro I del codice civile (provvedimenti in materia di separazione dei coniugi), nonché dal testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, approvato con d.P.R. 5 gennaio 1950 n. 180 ».

Inoltre (comma 3), « non sono ammessi atti di sequestro o di pignoramento ai sensi del presente articolo presso le sezioni di tesoreria dello Stato a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Gli atti di sequestro o di pignoramento eventualmente notificati non determinano obbligo di accantonamento da parte delle sezioni medesime né sospendono l'accreditamento di somme nelle contabilità speciali intestate alle prefetture ed alle direzioni di amministrazione ed in quelle a favore dei funzionari delegati degli enti militari » (22)

Un'importante deroga alla normativa comune si ha, per gli enti pubblici, anche in materia di cessione di crediti.

Secondo la disciplina dettata dall'art. 1260 c.c., infatti, « il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge. Le parti possono escludere la cedibilità del credito; ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione » Già l'art. 70 comma 3, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 (« Disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato »), disponeva invece che « per le somme dovute dallo Stato per somministrazioni, forniture ed appalti », dovessero « essere osservate le disposizioni dell'art. 9 allegato E, l. 20 marzo 1865 n. 2248 e degli art. 351 e 355 allegato F, della legge medesima ».

Tale art. 9 disponeva che « sul prezzo dei contratti in corso non potrà aver effetto alcun sequestro, né convenirsi cessione se non vi aderisca l'amministrazione interessata ».

Da ultimo, il d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 (« Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce), all'art. 117, relativo appunto alla « cessione dei crediti derivanti dal contratto », al comma 1 dispone che « le disposizioni di cui alla l. 21 febbraio 1991 n. 52, sono estese ai crediti verso le stazioni appaltanti derivanti da contratti di servizi, forniture e lavori di cui al presente codice, ivi compresi i concorsi di progettazione e gli incarichi di progettazione. Le cessioni di crediti possono essere effettuate a banche o intermediari finanziari disciplinati dalle leggi in materia bancaria e creditizia, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti di impresa » (23)

Inoltre, « ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debentrici » (comma 2), « le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quindici giorni dalla notifica della cessione » (comma 3), « le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione » (comma 4), ed infine « in ogni caso l'amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato » (comma 5).

È indubbio che alle pubbliche amministrazioni sono comunque conservate alcune posizioni di privilegio anche per quanto riguarda le obbligazioni pecuniarie che le riguardano, in generale. E questo sia se si trovino a rivestire i panni del debitore che quelli del creditore. Come debitore, infatti, si afferma ancora che « il principio espresso dall'art. 1194, c.c., secondo il quale i pagamenti parziali si imputano prima agli interessi e poi al capitale, è di dubbia applicazione nei confronti della pubblica amministrazione, attesa la particolarità del suo procedimento contabile, e, comunque, si applica solo per i pagamenti spontanei e non per quelli coattivi, come quelli imposti da un giudicato » (24)

La giurisprudenza ha tradizionalmente richiesto, al fine di riconoscere gli interessi moratori, una previa messa in mora, o una domanda giudiziale, affermandosi che, « con riguardo ai debiti pecuniarî delle p.a., per i quali le norme sulla contabilità pubblica stabiliscono, in deroga al principio di cui all'art. 1182 comma 3, c.c. (25) , che i pagamenti si effettuano presso gli uffici di tesoreria dell'amministrazione debitrice, la natura "querabile" dell'obbligazione comporta che il ritardo del pagamento non determina automaticamente gli effetti della mora ex re ai sensi dell'art. 1219 commi 2 e 3, c.c., occorrendo invece la costituzione in mora mediante intimazione scritta di cui all'art. 1219 cit., affinché sorga la responsabilità da tardivo adempimento con conseguente obbligo di corresponsione degli interessi moratori e di risarcimento dell'eventuale maggior danno » (26)

Si ritiene inapplicabile alle pubbliche amministrazioni l'art. 1181 c.c. (« il creditore può rifiutare un adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile, salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente »), cosicché il creditore privato non può rifiutare un adempimento parziale di una di esse, il che può avvenire quando in bilancio non sia stanziata una somma sufficiente a pagare l'intero debito. Gli enti pubblici

possono utilizzare procedure privilegiate per la riscossione delle entrate patrimoniali, come quelle previste dal r.d. 14 aprile 1910 n. 639 (t.u. delle disposizioni di legge relative alla procedura coattiva per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici), che consentono alle pubbliche amministrazioni di avvalersi di strumenti privilegiati di riscossione coattiva che, anziché realizzarsi mediante procedure giurisdizionali, si fondano su atti delle amministrazioni stesse (le c.d. ingiunzioni fiscali) (27) Altra regola peculiare è quella relativa alla possibilità, riconosciuta a favore degli enti pubblici, ma non dei privati nei loro confronti, di operare compensazioni tra propri crediti e debiti (28)

5. La titolarità di poteri amministrativi. L'equiparazione tra soggetti pubblici e soggetti privati che svolgano attività amministrativa, o sono tenuti all'applicazione della normativa comunitaria. La giurisdizione sugli atti. Le relazioni tra enti.

La terza categoria di istituti positivi che formano la disciplina generale degli enti pubblici è una specificazione della precedente, cioè di quella relativa agli istituti di privilegio, perché attiene alla titolarità, in capo all'ente, di poteri amministrativi in senso tecnico (anche se, come si è già detto, l'espressa attribuzione legislativa di poteri amministrativi è considerata uno dei sintomi di pubblicità dell'ente, qualora sia incerta) (29) Come in giurisprudenza si è sempre precisato, in ogni caso tutti gli enti pubblici, in quanto tali, sono titolari di un minimo di poteri amministrativi (30), e in particolare della potestà statutaria (31) Soltanto gli enti pubblici possono emanare provvedimenti che hanno efficacia autoritativa sul piano dell'ordinamento generale, impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, e soltanto ad essi è riconosciuta la potestà di autotutela, intesa come il potere di risolvere un conflitto di interessi (vedi l'autotutela demaniale), e di sindacare la validità di propri atti, con l'emanazione di provvedimenti di secondo grado.

E gli atti attraverso i quali l'ente provvede alla propria organizzazione, ed esercita la propria attività, sono considerati veri e propri atti amministrativi, in quanto tali soggetti alla disciplina generale sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso, di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241, ed alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Per i soggetti formalmente privati (enti pubblici privatizzati, società miste, ecc.) tale principio vale, quanto meno, per quella parte di attività con la quale l'ente realizzi pubblici interessi. Ed infatti, l'art. 1, l. n. 241 del 1990, al comma 1 ter — aggiunto dall'art. 1, l. 11 febbraio 2005 n. 15 — dispone che « i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1 », ai sensi del quale « l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni

che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario » (32) Il successivo art. 22, poi, nel fornire la definizione di pubblica amministrazione, al fine dell'esercizio del diritto di accesso, precisa che per « pubblica amministrazione » si intende « tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario ».

Anche al fine dell'applicazione della normativa in materia di appalti, i soggetti privati sono ormai equiparati ai soggetti pubblici. Ed infatti, l'art. 3, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce), dopo aver premesso, al comma 3, che « i “contratti” o i “contratti pubblici” sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori », ai commi 29 e 31 precisa che « gli “enti aggiudicatori” [...] comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti », e che « gli “altri soggetti aggiudicatori”, [...] sono i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice ». In base allo stesso criterio, l'art. 244 del medesimo codice ha disposto che « sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale » (33)

Gli enti pubblici sono poi soggetti all'applicazione della normativa in materia di semplificazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), il cui art. 2 dispone che le norme del testo unico « disciplinano la formazione, il rilascio, la tenuta e la conservazione, la gestione, la trasmissione di atti e documenti da parte di organi della pubblica amministrazione; disciplinano altresì la produzione di atti e documenti agli organi della pubblica amministrazione nonché ai gestori di pubblici servizi nei rapporti tra loro e in quelli con l'utenza, e ai privati che vi consentono ». Si pone ad esempio il problema se anche alcuni enti privati possano essere ritenuti equiparabili, al fine dell'applicazione della citata normativa, « agli organi della pubblica amministrazione », ai quali possono essere prodotti atti e documenti ai sensi del citato d.P.R. Infatti, anche l'art. 19 di tale d.P.R., relativo alle « modalità alternative all'autenticazione di copie », prevede che « la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'art. 47 può riguardare anche il fatto che la copia di un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione [...] sono conformi all'originale ».

In base allo stesso criterio prima enunciato, è da ritenere che anche quegli enti privati che svolgano attività di pubblico interesse siano soggetti all'applicazione di quella normativa, e, almeno da quel punto di vista, debbano essere considerati « organi della pubblica amministrazione », con la duplice conseguenza che, da una parte, tali enti sono tenuti a consentire ai privati la presentazione di dichiarazioni sostitutive e, dall'altra, che i privati stessi, ad esempio in sede di partecipazione ad una gara d'appalto, possono attestare con propria dichiarazione sostitutiva la conformità all'originale anche di copie o di documenti rilasciati da quegli enti (34) Infine, come quarta categoria di istituti positivi attinenti alla disciplina generale degli enti pubblici, vengono individuati i c.d. istituti di ingerenza, inerenti alla soggezione ad altri poteri amministrativi di cui altri enti sono titolari. Gli enti pubblici sono infatti soggetti a particolari rapporti o relazioni (con lo Stato, la regione, ecc.), la cui intensità (strumentalità, dipendenza, ecc.) varia in relazione all'autonomia dell'ente. Tra questi emerge il potere, ritenuto dalla giurisprudenza di portata generale, di annullamento degli atti amministrativi, ad opera dell'ente titolare del potere di vigilanza, e il c.d. potere di annullamento straordinario. Infatti, anche dopo le modifiche al titolo V della Costituzione, resta salvo quanto previsto dall'art. 2 comma 3 lett. p), l. 23 agosto 1988 n. 400, ai sensi del quale il Consiglio dei ministri mantiene il potere di annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi di qualsiasi amministrazione (35), previo parere del Consiglio di Stato (36)

6. Le diverse tipologie di enti, e la necessità di utilizzare i vari indici di riconoscimento in maniera combinata. I soggetti pubblici nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale: il controllo pubblico e la funzionalizzazione dell'attività.

Al fine di affrontare il discorso relativo al modo di individuare un ente pubblico, sembrano ancora attuali le considerazioni di Federico Cammeo, secondo cui « persona giuridica pubblica è quella che ha per scopo l'esecuzione di una pubblica funzione », con la precisazione che « pubblica funzione, positivamente parlando dal punto di vista giuridico, è il dispiegamento di attività per soddisfare bisogni sentiti da una pluralità di persone che il diritto reputa in un determinato momento storico e in determinate contingenze debba esercitarsi dallo Stato o direttamente o indirettamente a mezzo di altra personalità » (37)

È certamente curioso il fatto che già quasi un secolo addietro lo stesso Cammeo potesse rilevare che « non vi è un tipo speciale e fisso di persona giuridica pubblica », e che « è impossibile determinare a priori quali sono funzioni pubbliche e quali no per desumere direttamente dalla natura della funzione la natura dell'ente » (38)

La difficoltà di definire l'ente pubblico deriva dal fatto che l'articolazione della sfera pubblica non consente più di definire il « pubblico » come concetto omogeneo, perché non esiste, in effetti, un solo modo di essere « pubblico », in quanto un soggetto pubblico può essere manifestazione di un ente territoriale o di un corpo sociale diverso, e può esercitare o meno poteri autoritativi (39) « Ma dappoiché dalla natura intrinseca della funzione esercitata non si può desumere se essa sia pubblica o no, e d'altro canto è dalla natura della funzione che si caratterizza l'organo, per non cadere in una petizione di principio, bisogna dedurre da un qualche dato estrinseco la natura della funzione. Questo dato è l'obbligo della persona giuridica verso lo stato o altra persona giuridica pubblica di adempiere il proprio scopo, obbligo che deve essere inerente alla stessa natura dell'ente, cioè nascere dalla sua stessa costituzione indipendentemente da un successivo e speciale vincolo giuridico e deve esser fondato sopra una norma di legge scritta o di consuetudine avente forza di legge. Ma siccome quest'obbligo non è formulato espressamente così bisogna desumerlo anch'esso da altri dati estrinseci » (40) Vale a dire che occorre individuare diverse radici della natura pubblica degli enti, e soprattutto compiere analisi dei diversi tipi, anziché forzarli in un unico schema, che risulterebbe poco rappresentativo (41)

Il problema che allora si pone, e la cui soluzione è variata storicamente, è quello di stabilire quali possono essere considerati gli elementi di disciplina, cioè gli istituti positivi, sintomatici della pubblicità di un ente. Come evidenziato in dottrina, si è passati nel tempo da una concezione sostanzialistica di tali elementi sintomatici (individuati ad esempio nella circostanza che alla persona giuridica fossero attribuiti dalla legge poteri amministrativi in senso tecnico, o comunque compiti specifici di cura di interessi pubblici), ad una concezione che, senza abbandonare la prima, si presenta più formale e organizzativa di tali indici esteriori (individuati nella disciplina organizzativa concernente la persona giuridica, e quindi, ad esempio, nel potere di nomina o revoca degli amministratori, nel potere di controllo sul funzionamento degli organi o sulla legittimità di certi atti, la previsione di finanziamenti stabili, ecc.) (42) Avendo però presente, come peraltro da più parti è stato sottolineato, che di tali indici esteriori, utilizzati in dottrina e giurisprudenza per riconoscere un ente pubblico, nessuno può essere ritenuto, da solo, sufficiente, mentre invece essi vengono ritenuti idonei ove considerati nel loro complesso, cioè combinati tra loro (43)

Ed infatti, in giurisprudenza si trova precisato che la natura pubblica di una persona giuridica dipende dall'inquadramento istituzionale della stessa nell'apparato organizzativo della p.a., cioè dal rapporto in cui tale soggetto di diritto, in conseguenza dell'attività espletata, viene a trovarsi rispetto allo Stato o all'ente territoriale di riferimento; pertanto, la qualificazione di un ente come pubblico o

privato, allorché la sua natura non sia dichiarata espressamente, costituisce il risultato di una ricerca ermeneutica che ha per oggetto le norme legislative, regolamentarie e statutarie (44) Tenendo presente che deve dirsi comunque pubblico un ente tutte le volte che dalla ricostruzione sistematica della sua disciplina legislativa risulti che le situazioni giuridiche che l'ordinamento gli attribuisce, e la sua stessa soggettività che tale ordinamento istituisce o riconosce, siano causate, o improntate al principio di necessaria funzionalità dell'attività amministrativa rispetto ai fini pubblici che la legge gli impone di perseguire. Mentre non può che dirsi privato, viceversa, un ente per il quale una tale funzionalizzazione non sia riscontrabile (45)

Necessaria funzionalità del suo essere e del suo agire, con riferimento ai valori di cui all'art. 97 cost., che impedisce all'amministrazione, anche all'interno dei limiti con i quali l'ordinamento generale le attribuisce i poteri, di esercitarli in modo libero, nel senso nel quale i privati possono esplicare liberamente la loro capacità negoziale, perché quel principio le impone di esercitare tali poteri per il perseguimento dei fini per i quali l'ordinamento generale glieli ha attribuiti (46)

Precisazione, questa, che vale anche per tutte le ipotesi in cui non di veri e propri poteri si tratti, ma di svolgere l'attività per la quale l'ente è stato previsto. Infatti, come si crede di aver già precisato, la mancata attribuzione ad un ente di poteri pubblicistici non esclude affatto che, ciò nonostante, esso debba essere così qualificato, perché quel che è essenziale, per la sua pubblicità, è appunto tale sua funzionalizzazione, che non deve inerire necessariamente a poteri pubblicistici.

Sembra quindi cogliere nel segno la tesi secondo cui, anziché ricostruire una figura unitaria di ente pubblico, deve piuttosto individuarsi il minimo comune denominatore delle varie figure pubbliche, cioè il criterio base sottostante alle diverse qualificazioni pubblicistiche (47), individuabile, per ciascuna figura giuridica pubblica, nella valutazione, da parte dell'ente di riferimento (Stato o regione), della necessità dell'esistenza di tale figura, nel senso che va considerato pubblico l'ente la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale, che vi intrattiene quindi rapporti connessi a tale valutazione. Le valutazioni circa il carattere necessario dell'ente hanno, ovviamente, carattere politico e quindi sono non solo storicamente determinate ma anche variabili, in connessione ai diversi indirizzi politici. Le finalità che portano alla istituzione di enti pubblici, o al conferimento della natura giuridica pubblica a organismi già esistenti, possono essere le più varie, e vanno dalla volontà di disporre di un organismo volto a realizzare gli stessi fini che potrebbero essere perseguiti dall'amministrazione diretta, ma che si ritiene preferibile realizzare con strumenti organizzativi più flessibili, fino alla volontà di tutelare interessi che non sono propri dell'ente territoriale ma ai quali si ritiene di dover accordare una tutela rafforzata. È chiaro che tale valutazione dell'ente territoriale non è effettuata discrezionalmente dagli amministratori dell'ente, ma è manifestata con atto normativo.

È infine da sottolineare come l'individuazione formale dell'ente pubblico nel nostro ordinamento sia in parte superata, o comunque ridotta ad una rilevanza molto inferiore, a fronte della nozione di origine comunitaria, ma pienamente accolta nell'ordinamento nazionale, degli « organismi di diritto pubblico », « istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e avente personalità giuridica e la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico » (cfr. art. 3 commi 25 e 26, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 [Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce], laddove, nel definire le « amministrazioni aggiudicatrici », tali organismi sono equiparati alle amministrazioni dello Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici, alle associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti) (48)

Ora, mentre in ambito nazionale si è tradizionalmente tentato di elaborare, nei termini sopra evidenziati, una concezione tendenzialmente unitaria di soggetto pubblico, nell'ordinamento comunitario, invece, la nozione di soggetto pubblico non è intesa come categoria unitaria.

Come è stato infatti rilevato (49), « al contrario, per affermazione della stessa Corte di giustizia, tale nozione viene elaborata settore per settore, tanto sul piano normativo quanto nell'interpretazione giurisprudenziale, adattandola, quindi, alle esigenze sottese alla normativa delle singole materie nelle quali il riferimento al soggetto pubblico è necessario ed obbligato, sì da estenderne o ridurne, caso per caso, l'ampiezza ». Così, ad esempio, al fine di stabilire l'ambito di operatività della deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno della comunità (ex art. 39 par. 4, relativo al potere degli Stati membri di riservare ai propri cittadini gli impieghi nella « pubblica amministrazione », e art. 45 par. 1, trattato Ce, che prevede una deroga alla libertà di stabilimento quando l'attività comporti l'« esercizio anche occasionale di pubblici poteri »), il giudice comunitario ha sostenuto in modo restrittivo che la nozione di pubblica amministrazione debba essere elaborata ricorrendo ai criteri della « partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche » (50)

Mentre allo scopo di individuare gli apparati degli ordinamenti dei singoli Stati membri nei cui confronti devono considerarsi operanti gli obblighi e i divieti previsti dal diritto comunitario, in modo da poter imputare ai relativi Stati di appartenenza le

eventuali violazioni commesse, si è affermato, più genericamente, « che fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli » (51)

.L'accennata evoluzione, registrabile nell'ordinamento italiano, sia del concetto di ente pubblico che della stessa tipologia di enti considerabili quali soggetti pubblici, nonché il modo in cui è intesa nell'ordinamento comunitario la nozione di « pubblico potere » o di « pubblica amministrazione », consentono di individuare, in entrambi gli ambiti normativi, un minimo comune denominatore, costituito dalla visione sostanzialistica del fenomeno: nel senso che all'individuazione dei soggetti pubblici non si procede con riferimento a precisi criteri formali di definizione, bensì sulla base di parametri di tipo sostanziale, dati in particolare, per quanto riguarda l'ambito comunitario, dalla sottoposizione del soggetto ad un controllo pubblico, di carattere funzionale o strutturale, e per l'ordinamento nazionale dalla funzionalizzazione dell'attività della persona giuridica alla realizzazione di finalità di interesse generale e dall'inquadramento istituzionale della stessa, sebbene in senso lato, in quello che una volta, quando era ancora possibile una concezione unitaria di pubblica amministrazione, poteva essere definito l'apparato organizzativo della p.a., che adesso si estrinseca in una tipologia diversificata sia dei soggetti (pubblici e privati) che del modo di realizzare interessi pubblici. E anche quando nella realizzazione di tali interessi sono coinvolti soggetti formalmente privati, questi sono ormai ritenuti obbligati, in quanto « preposti all'esercizio di attività amministrative », a perseguire « i fini determinati dalla legge », ed a conformare la propria azione a « criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza », nonché ai « principi dell'ordinamento comunitario » (52)

(art. 1, l. n. 241 del 1990).

Dir. Fall., 2017, 1, 272 (nota a sentenza)

IL PROBLEMA DELL'(IN)APPLICABILITÀ AGLI ENTI PUBBLICI DELLA DISCIPLINA SUL SOVRAINDEBITAMENTO: IL CASO DEGLI IPAB

Roberto Battaglia - Avvocato. Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea (Univ. Trieste)

Trib. Treviso Sez. II Decreto, 12 maggio 2016

Abstract: la questione della delimitazione dell'ambito di operatività delle procedure concorsuali nei confronti degli enti pubblici e delle imprese pubbliche è materia caratterizzata da orientamenti interpretativi mai univoci; pur riscontrandosi in subjecta materia varie criticità di ordine sistematico, in linea di principio la soluzione preferibile de jure condito pare essere nel senso che ogniqualvolta nei confronti di un soggetto non fallibile siano previsti strumenti di soluzione della crisi (concorsuali o non), la applicabilità dei rimedi di cui alla L. n. 3/2012 debba fondarsi, anche in virtù della ratio della nuova disciplina, su di una previsione espressa (come avviene per l'imprenditore agricolo).

Sommario: 1. La vicenda processuale (omologa dell'accordo e successivo accoglimento del reclamo). - 2. Enti pubblici, imprese pubbliche, società a partecipazione pubblica, società in house e procedure concorsuali: un problema di perimetrazione. - 3. La natura di "ente pubblico" quale motivo di inapplicabilità della L. n. 3/2012. - 4. La non sovrapposibilità e/o alternatività tra discipline speciali e strumenti ex L. n. 3/2012. - 5. Profili di (in)coerenza del sistema. - 6. Considerazioni conclusive. - 7. Postilla (de jure condito e de jure condendo).

1. La vicenda processuale (omologa dell'accordo e successivo accoglimento del reclamo).

La pronuncia del Tribunale di Treviso del 12 maggio 2016 riveste particolare interesse, in quanto affronta la questione dell'ambito di applicazione della L. n. 3/2012, nella specie in relazione agli enti pubblici (implicando necessariamente tale decisione, più in generale, una presa di posizione sulla complessa e articolata problematica dell'assoggettabilità degli stessi alle procedure concorsuali). Il provvedimento in commento trae origine dal reclamo, coltivato (con distinti atti) da alcuni creditori dissenzienti, avverso il decreto depositato in data 10 ottobre 2015, con cui il Giudice Delegato del Tribunale di Treviso aveva omologato l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, rigettando tutte le contestazioni sollevate da alcuni creditori e considerando ammissibile anche per gli Istituti Pubblici di Assistenza e Beneficenza (IPAB) il ricorso agli strumenti di cui alla L. n. 3/2012.

Secondo il decreto di omologa impugnato, nonostante la loro natura pubblica, gli IPAB non possono ritenersi sottoposti all'alternativo procedimento della liquidazione coatta amministrativa; secondo tale impostazione, la L. 3/2012 "ha carattere di chiusura del sistema, ed è quindi applicabile in tutte le situazioni per le quali l'ordinamento non appronta una specifica regolamentazione" e non si ritengono applicabili altri procedimenti che prevedano il risanamento dell'ente oltre a quello previsto dalla L. n. 3/2012 (condizione richiesta dall'art. 6, comma 1, L. n. 3/2012). In sede di omologa, il Tribunale ha osservato che le particolari procedure

amministrative previste per gli enti pubblici dal D.Lgs. n. 207/2001 e dalla L. 1404/56 (oltre che, nello specifico, dalla legge Regione Veneto n. 43/2012) regolamentano soltanto la loro definitiva eliminazione dal sistema, mediante liquidazione e soppressione. Sempre secondo l'argomentare del G.D., l'obiettivo di risanamento non può essere considerato in contrasto con le caratteristiche pubblicistiche dell'ente, il quale mantiene autonomia gestionale e si può determinare a proporre un accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento; inoltre, non può ravvisarsi un'interferenza nella gestione da parte dell'autorità giudiziaria, che è chiamata soltanto ad effettuare un controllo di legittimità sulla formazione del consenso da parte dei creditori e, tutt'al più, ad autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione.

In sede di reclamo avverso l'omologa, il Collegio ha invece osservato che la voluntas legis della composizione della crisi da sovraindebitamento è quella di introdurre (in linea con molti altri ordinamenti, non solo europei), uno strumento di risoluzione della crisi del consumatore e dell'imprenditore non fallibile, in quanto soggetti altrimenti privi di un qualsiasi meccanismo negoziale di composizione delle situazioni di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte; ergo - sempre secondo il Collegio - non appare coerente con la volontà del legislatore l'estensione della normativa de qua fino a ricomprendere situazioni del tutto diverse tra loro; il Collegio ha avuto modo, inoltre, di affermare come l'ente pubblico non rientri tout court nella categoria degli imprenditori non fallibili, categoria che è formata dai soggetti non aventi i limiti dimensionali ex art. 1 legge fallim. e per i quali non sia prevista una diversa disciplina per la regolamentazione o il risanamento della crisi.

La struttura del procedimento, il limitato controllo giudiziale e lo stesso accostamento tra il consumatore con l'imprenditore non fallibile sono elementi che, già di per sé, portano a ritenere come il legislatore abbia inteso disciplinare situazioni di insolvenza civile non particolarmente complesse, riferibili ai c.d. debitori "deboli". Se il legislatore avesse voluto includere gli enti pubblici - prosegue lo snodarsi del percorso argomentativo del Collegio - lo avrebbe detto espressamente così come ha fatto per l'imprenditore agricolo (art. 7, comma 2-bis, L. n. 3/0212).

2. Enti pubblici, imprese pubbliche, società a partecipazione pubblica, società in house e procedure concorsuali: un problema di perimetrazione.

La disciplina di cui alla L. n. 3/2012 si propone ex tabulas come rimedio alle situazioni di crisi in cui vengono a trovarsi i soggetti in relazione ai quali non trovano applicazione le procedure concorsuali. La questione relativa all'applicabilità degli strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento agli enti pubblici è stata affrontata seguendo impostazioni differenti, con esiti interpretativi altrettanto distinti. Nell'ottica che qui interessa è chiaro che prima facie, trattandosi pur sempre

di soggetti "non fallibili", essi rientrerebbero in linea di principio nell'ambito di applicazione della disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento, alla luce della disposizione contenuta nell'art. 1 della L. n. 3/2012.

L'art. 1 legge fallim. e l'art. 2221 cod. civ. hanno stabilito, com'è noto, l'esenzione degli enti pubblici dalle procedure concorsuali (fallimento e concordato preventivo). Tale sottrazione è stata confermata anche nell'ambito della riforma della legge fallim.

In prima approssimazione, enti pubblici (e imprese "assimilabili") non sono assoggettabili ad alcuna procedura concorsuale proprio per ragioni connesse alla natura amministrativa dei rapporti che gli stessi instaurano e alle finalità pubblicistiche degli enti medesimi. Secondo la dottrina risalente, l'ente pubblico rientrava appunto tra i casi tipici di esenzione dalla procedura fallimentare. È d'uopo rammentare che la liquidazione coatta amministrativa vide le sue origini (nel 1888) come procedura dedicata alla Casse di Risparmio che, essendo enti pubblici, erano considerate prive del carattere della commercialità, ergo non soggette a fallimento. In linea di principio, gli enti pubblici e le imprese soggette a controllo pubblico sono assoggettate alla liquidazione coatta amministrativa, la cui finalità è quella di regolare situazioni, con riferimento alle quali l'ampia cerchia degli interessi coinvolti postula l'intervento pubblico.

Di "ente pubblico" non esiste una definizione normativa; va curiosamente ricordato, peraltro, come un tentativo di circoscrivere la nozione si è avuto a seguito di una pronuncia della Corte Costituzionale proprio in relazione agli IPAB. Nell'ambito delle varie ricostruzioni sistematiche, si è osservato come gli enti pubblici siano caratterizzati dalla costituzione da parte dello Stato, dall'attribuzione di potestà pubbliche e dal controllo statale.

La procedura fallimentare non si applica certamente agli enti centrali, agli enti locali e a quelli periferici che fanno capo gerarchicamente alla P.A. nell'ambito della sua attività di gestione della cosa pubblica. Nella locuzione "enti pubblici" ex art. 1 legge fallim. si intendono inoltre ricompresi tutti i soggetti di diritto pubblico che svolgono attività di impresa commerciale, e in particolare le persone giuridiche di diritto pubblico che svolgono in via prevalente (o non) l'attività citata. Secondo una risalente interpretazione, gli enti pubblici non assumerebbero neppure la qualifica di imprenditore commerciale ogniqualvolta non abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di impresa commerciale. Anche l'ente pubblico che svolge attività commerciale non in misura prevalente o professionale è escluso dalla soggezione al fallimento.

La stessa fallibilità delle "imprese pubbliche" è stata messa in dubbio. Il dato caratterizzante della questione è costituito dalla necessità di definire l'ambito di applicazione del diritto societario e delle procedure concorsuali in relazione a vicende che non sono più "genuinamente" societarie, bensì hanno subito una sorta di metamorfosi ispirata ad esigenze che non sono connaturate al contesto

imprenditoriale ma sono da contestualizzare in un'ottica peculiare che è, appunto, quella pubblicistica. Superando le perplessità della dottrina risalente in relazione alla compatibilità - vigente il Codice di commercio del 1882 - tra essere qualificabile come "ente pubblico" e assumere la qualità di "commerciante" (dovendo l'ente, in linea di principio, subire le conseguenze previste dalla legge in caso di insolvenza ogniqualvolta lo scopo essenziale fosse l'esercizio del commercio), il cod. civ. del 1942 ha sancito la possibilità per gli enti pubblici di esercitare attività di impresa; al contempo, però, il legislatore ha escluso l'applicazione agli stessi del fallimento e delle altre procedure concorsuali giudiziali, tenendo comunque distinto l'ente pubblico economico, non fallibile, dalle società per azioni a partecipazione pubblica. Queste ultime, peraltro, potevano in qualche modo giovare di una certa "assonanza" di disciplina rispetto agli enti pubblici economici, soggetti, di regola, a liquidazione coatta amministrativa e sottratti dall'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza ex art. 195 legge fallim.: in particolare, a contemperamento della tutela dei creditori da un lato e dell'interesse pubblicistico dall'altro, nei confronti delle società partecipate erano, infatti, previste speciali procedure.

Ulteriore problema è quello, appunto, relativo alle società partecipate dal pubblico, in riferimento alle quali il legislatore non ha espressamente previsto l'esenzione dal fallimento e la dottrina ha negato, in linea di principio, la possibilità di estendere loro tale esenzione, trattandosi di società private di diritto comune; interpretazione, questa, confortata da poche risalenti pronunce in *subjecta materia*.

In seguito, peraltro, lo scenario è mutato perché il modello delle s.p.a. è stato sempre più utilizzato per l'esercizio di determinate funzioni amministrative, fino a divenire lo strumento cardine per l'intervento statale in economia (con le c.d. privatizzazioni) in generale e per l'erogazione dei servizi pubblici locali. Il recente trend nel senso della trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali ha voluto significare (inizialmente come mera enunciazione di principio) l'accettazione della regola concorsuale, evitando uscite senza fine per il bilancio pubblico (con l'abbandono del regime dei fondi di dotazione). Sotto questo profilo, è stato osservato che la presenza di vincoli di capacità giuridica e di potere di spesa porta, nel panorama economico e giuridico attuale, le stesse società a decidere di ricorrere agli strumenti concorsuali (un tempo inediti) del fallimento o del concordato.

Nell'ambito dell'attuale variegato assetto normativo, peraltro, la relazione tra impresa pubblica (o in mano pubblica) e fallimento (e altre procedure concorsuali) presenta molteplici profili problematici, risultando de jure condito domandarsi se è lecito ritenere sussistente un'esenzione dei soggetti in questione dalle procedure concorsuali e, in caso di risposta positiva al quesito, domandarsi se il fondamento di tale opzione interpretativa riposi sulla valorizzazione dell'elemento pubblicistico oppure sulla considerazione dell'incompatibilità tra interessi tutelati in *subjecta materia* e

procedura concorsuale stessa. È stato osservato come il problema non debba riguardare, a ben vedere, l'interpretazione analogica dell'esenzione dal fallimento prevista dall'art. 1 legge fallim. (operazione, peraltro, preclusa dal carattere eccezionale della norma), bensì una (ri)definizione della stessa nozione di "ente pubblico".

La giurisprudenza sul punto ha percorso più strade, giungendo a soluzioni non univoche.

A) Secondo un primo orientamento (tipologico-privatistico), deve in ogni caso prevalere il dato formale della personalità giuridica di diritto privato sulla sostanza pubblica, con conseguente fallibilità (ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 legge fallim. e 2221 cod. civ.), essendo "ente pubblico" soltanto quello definito tale dalla legge; in questo modo, però, sarebbero da ritenere soggette alla procedura fallimentare anche società cui è affidato un servizio pubblico essenziale.

B) Secondo la variante pubblicistica dell'indirizzo tipologico, si devono invece valorizzare gli indici sintomatici qualificanti il soggetto come società o come ente pubblico; limitandosi pure tale metodo al dato formale di tali indici rivelatori, il portato di tale impostazione (che comunque predilige la forma sulla sostanza) sarebbe che anche società non svolgenti servizi essenziali potrebbero essere esentate dal fallimento.

C) Un diverso filone giurisprudenziale, invece, segue il cd. metodo funzionale (o sostanzialistico), che prende in considerazione la sostanza rispetto alla forma, e in particolare le finalità perseguite e gli interessi protetti nell'ambito di una certa materia: ciò, distinguendo da un lato tra società che presentino il carattere della necessità e la cui attività è essenziale (non fallibili), e dall'altro lato società con attività non strettamente funzionale alla tutela degli interessi pubblici (da considerare, invece, fallibili), alla luce di una valutazione di compatibilità tra le norme di diritto comune dettate per le società private e le normative di settore. Secondo tale impostazione, la questione principale non è la qualificazione della società in mano pubblica come ente privato o come ente pubblico, bensì lo stabilire se si applichi la disciplina privatistica oppure quella pubblicistica in relazione ad uno specifico profilo dell'attività di impresa, potendo le stesse venire in rilievo l'una in una data materia e l'altra in una diversa (come, del resto, avviene in linea di principio in virtù della normativa della U.E., che non fornisce una definizione della società a partecipazione pubblica, né detta una disciplina organica della stessa, bensì individua una serie di discipline sicuramente di carattere pubblicistico che si applicano, a certe condizioni, anche a società che siano formalmente private).

Si segnala, sotto questo profilo, un orientamento nella giurisprudenza di merito teso ad allargare alle società pubbliche la sottrazione alla procedura fallimentare prevista ex lege per gli enti pubblici, che si basa, ogniqualvolta non si possa predicare la natura sostanzialmente pubblica della società secondo precisi indici sintomatici, sulla

incompatibilità della procedura fallimentare con l'attività dell'ente pubblico, alla luce dell'inammissibilità dell'interferenza giudiziaria e della soccombenza degli interessi pubblici a quelli privatistici del ceto creditorio.

In relazione ad alcune società a partecipazione pubblica (le cd. società-enti pubblici, costituite ex lege o su autorizzazione del legislatore), che pur sono private (sia per forma che per natura) si è affermata, però, l'applicabilità per analogia dell'art. 1 legge fallim. (e quindi le stesse sarebbero considerate enti pubblici, non fallibili).

È stato osservato come se si valorizza il tenore letterale della norma di cui all'art. 1, comma 1, legge fallim. (senza fare distinzioni in tema di presupposto soggettivo), gli enti pubblici sarebbero da considerare esentati sia dalla procedura fallimentare, sia dal concordato preventivo ma, se si pone l'accento sul rapporto tra lesione dell'interesse pubblico in caso di assoggettamento alla procedura ed esenzione dalla medesima, lo scenario muti sensibilmente. Secondo la prospettiva cui si accennato da ultimo, infatti, l'esigenza di concludere per l'inutilizzabilità dello strumento concordatario verrebbe scemando (arrivando a potersi affermare la possibilità per le società in mano pubblica di avvalersi del concordato), in considerazione del fatto che, nell'ambito della disciplina del concordato preventivo, l'apertura della procedura non comporta l'interruzione dell'attività (che è evenienza che dipende, semmai, da una scelta volontaria della società), né lo spossessamento del debitore; il tribunale, inoltre, non ha un autonomo potere di scelta in merito alla destinazione dell'azienda [essendo a ben vedere il contenuto del piano predisposto dal debitore ex art. 161, comma 2, lett. e) legge fallim., a disciplinare - sotto il controllo del tribunale - tali aspetti].

Nella misura in cui si valorizzi il carattere necessario dell'ente pubblico (in relazione a quale la legge preveda l'inapplicabilità di discipline finalizzate alla sua liquidazione ed estinzione), sarebbe proprio la necessità della presenza del medesimo sul mercato a costituire l'interesse pubblico, come conseguenza stessa della cura di interessi pubblici: in questo particolare ambito, l'esenzione dal fallimento e la dedizione dell'ente appositamente costituito per la cura di interessi pubblici è il portato di una disciplina ad hoc e in relazione alle società partecipate o pubbliche è stata affermata la non fallibilità (da circoscriversi, comunque, entro confini limitati), non mancando peraltro, nella giurisprudenza di merito, un'opzione ermeneutica nel senso della fallibilità di una s.p.a. partecipata interamente da enti pubblici locali, rimanendo essa un soggetto giuridico privato, da considerarsi terzo rispetto agli enti pubblici che la partecipano. Le Sez. Un. si sono espresse nel senso della fallibilità delle società pubbliche, anche nell'ipotesi in cui esse svolgano un servizio funzionale agli interessi primari della collettività. Nei limiti di questa sede, merita accennare al fenomeno dell'in house providing, in relazione al quale le Sezioni unite, avvalorando (indirettamente) l'orientamento tipologico pubblicistico cennato, nello statuire che non è possibile attribuire alle società in mano pubblica la qualifica di ente pubblico (essendo necessario l'intervento del legislatore ex art. 4 della L. 20 marzo 1975 per la sua istituzione), hanno fatto salva l'ipotesi, appunto, delle cd. società in house. Le

Sezioni Unite non considerano queste ultime un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, avendo le medesime soltanto la forma esteriore della società, costituendo in realtà articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici esterni ed autonomi rispetto alla P.A. stessa. Secondo tale arresto, dunque, le società in house necessariamente rivestono la medesima natura giuridica dell'ente pubblico partecipante - la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) "non si realizza più in termini di alterità soggettiva" - a prescindere dunque, dalla forma esteriore (dire che società in house ed ente pubblico sono la stessa cosa comporta, come conseguenza quasi naturale, l'affermazione dell'esenzione da fallimento delle stesse). Corollario di ciò è dunque la non assoggettabilità a fallimento, anche se si segnalano pronunce di merito che propendono per la fallibilità delle società in house in determinati casi, come ad es. nell'ipotesi di servizio pubblico non essenziale e di non esclusiva competenza pubblicistica. È stato peraltro osservato come anche a voler includere le società predette nell'alveo degli enti pubblici, ciò non dovrebbe spiegare effetto alcuno rispetto all'applicabilità della legge fallim.: sul punto, la Corte dei Conti, in un parere del 2009, non escludendo la sottoposizione a fallimento della società, ha avuto modo di affermare che la disciplina applicabile all'organizzazione societaria rimane quella ordinaria del cod. civ., né la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario si riflette sui rapporti con i terzi (nella specie, è stato affermato che il comune, unico socio che agisce con i poteri di controllo analogo e di stringente direzione e coordinamento della società in house, risponde dei debiti di quest'ultima in caso di insolvenza).

3. La natura di "ente pubblico" quale motivo di inapplicabilità della L. n. 3/2012.

Nel caso di specie, l'Istituto era assoggettato allo speciale procedimento di liquidazione previsto dal D.Lgs. n. 207/2001 e dalla normativa locale emanata in attuazione dello stesso (legge reg. n. 43/2012) nonché dalla L. n. 1404/1956 (l'Ente in oggetto svolgeva un servizio di interesse generale, quale quello di ricovero, assistenza e cura di persone malate e non autosufficienti).

Secondo l'impostazione seguita dal Giudice dell'omologa, in primo luogo la normativa sul sovraindebitamento troverebbe applicazione in quanto, nella specie, tutte le procedure amministrative previste dalla normativa pertinente in subjecta materia sono finalizzate alla eliminazione dell'Ente, mediante sua liquidazione, non prevedendosi ex lege nessuna forma di risanamento (tale affermazione viene, peraltro, smentita dai Giudici del reclamo). Gli strumenti approntati dal legislatore con la L. n. 3/2012 (ad eccezione della procedura ad hoc del piano del consumatore che qui, ovviamente, non viene in rilievo) fungerebbero, per così dire, da "salvagente" per gli enti in relazione ai quali la legge prevede (soltanto) particolari procedure di soppressione dal sistema. In secondo luogo, le caratteristiche di "ente pubblico" del soggetto ricorrente non costituirebbero uno iato rispetto alla finalità di risanamento, per il fatto che il procedimento previsto dalla L. n. 3/2012 (che è oggetto di scelta da

parte delle Ente medesimo ed è l'unico strumento per continuare ad operare) non implicherebbe - sempre secondo la tesi abbracciata dal Giudice dell'omologa - interferenza alcuna da parte dell'Autorità giudiziaria, dovendo la stessa limitarsi ad un controllo di legittimità sulla formazione del consenso.

Il Collegio invece, in sede di reclamo, ha avuto modo di precisare che l'applicabilità alle IPAB della L. n. 3/2012 non può discendere dal fatto che le procedure di risanamento specificamente per essi previste non siano di carattere concorsuale, dal momento che - sempre secondo il Tribunale del reclamo - è il legislatore ad avere escluso la regola del concorso nel caso di enti pubblici (art. 1 legge fallim.), ciò implicando necessariamente l'impossibilità per gli enti in oggetto di utilizzare una procedura concorsuale "minore". La soluzione accolta dal Collegio è dunque nel senso dell'inapplicabilità della L. n. 3/2012 laddove sia prevista un'autonoma procedura di liquidazione.

Per la verità, il Tribunale del reclamo smentisce l'osservazione fatta dal Giudice dell'omologa, secondo il quale "le norme invocate dagli oppositori non prevedono il risanamento dell'ente, ma solo la sua definitiva eliminazione dal sistema, mediante liquidazione e soppressione ...". In realtà la disciplina in oggetto prevede una fase di gestione commissariale con finalità di risanamento dell'ente e soltanto in caso di esito negativo della stessa trova applicazione una organica procedura di tipo amministrativo, prevista dalla L. n. 1404/1956 (cui l'art. 9 della legge reg. n. 43/2012, all'art. 9, fa espresso rinvio), nell'ottica della liquidazione e soppressione dell'ente medesimo. A ben vedere, la scelta legislativa di escludere gli enti pubblici dalle procedure concorsuali di cui alla l. fall ha come contraltare la regolamentazione separata della patologia di tali enti (normalmente sopposti ad altre procedure nell'ambito di discipline settoriali): la citata L. n. 1404/1956 ne costituisce un esempio. Se ciò è vero, viene a cadere il fondamento rispetto all'applicazione della L. n. 3/2012 agli IPAB, fondamento che il provvedimento di omologa impugnato aveva ravvisato nell'assenza di un'apposita disciplina per il risanamento dell'ente pubblico. Anche a voler considerare la previsione della fase commissariale come assenza di apposita e autonoma procedura di risanamento - cosa che anche il Collegio del reclamo mostra peraltro di non poter negare - tale mancanza non andrebbe vista come una lacuna della disciplina, bensì come una scelta ponderata del legislatore, volta a non far proseguire l'attività agli enti che abbiano arrecato un danno a carico della finanza pubblica. Ciò, a tacere della possibilità data dalla legge regionale pertinente di individuare possibili soluzioni per ricondurre a legalità la situazione dell'ente interessato nell'ambito di una procedura amministrativa.

Sotto un profilo generale, allargando la visuale, va osservato che l'esclusione dal campo di applicazione della L. n. 3/2012 non può revocarsi seriamente in dubbio in relazione agli imprenditori nei cui confronti all'esenzione ex lege dal fallimento corrisponde (altrettanto ex lege) l'assoggettabilità ad altre procedure, come la

liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Il problema, peraltro, si complica solo che si ponga mente alla riforma del 2008 della disciplina dell'amministrazione straordinaria, che riguarda anche la sottoposizione ad a.s. (ex D.Lgs. n. 270/1999) e la ristrutturazione industriale di grandi imprese insolventi (ex L. n. 39/2004) di imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali: alla luce di ciò, l'applicabilità dell'esenzione dal fallimento per le imprese esercenti un pubblico servizio viene ad essere circoscritta ai soli soggetti sotto-soglia rispetto ai requisiti dimensionali di cui alle citate Legge Prodi bis e Legge Marzano. Corollario di tale disciplina è che è un'impresa che eroghi servizi pubblici essenziali può essere soggetta a fallimento (potendo l'amministrazione straordinaria essere convertita in fallimento): ciò, non senza destare qualche perplessità sotto il profilo sistematico. L'esenzione da procedure concorsuali si appalesa, infatti, fondata su di un elemento qualitativo (dato dall'attività svolta) e, al contempo, deve scontare un'applicazione settoriale (e di dubbia coerenza e/o ragionevolezza) in virtù delle dimensioni dell'impresa esercente il pubblico servizio.

In ogni caso, le procedure previste in relazione agli enti sottoposti alla vigilanza dello Stato (a tutela di interessi generali) si ispirano al modello della liquidazione coatta amministrativa, che si distingue dal fallimento in primis sotto il profilo del soggetto (autorità amministrativa anziché giudice ordinario) competente a disporla, nel rispetto della riserva di giurisdizione: ciò che depone, in effetti, per l'inapplicabilità della L. n. 3/2012 agli enti stessi. È stato osservato che ogniqualvolta il legislatore ha ritenuto la sussistenza di particolare rilievo pubblicistico, lo stesso ha optato per la definizione dell'insolvenza nelle forme della l.c.a.; esiste sempre, dunque, una procedura di gestione dell'insolvenza ("o comunque di regolazione della congerie di rapporti facenti capo ad una società che viene estromessa dal mercato, cessando l'attività, per ragioni connesse alla violazione di discipline di settore") nelle forme del concorso.

4. La non sovrapposibilità e/o alternatività tra discipline speciali e strumenti ex L. n. 3/2012.

Cambiando prospettiva, nell'ipotesi in cui si ponga mente alla norma di cui all'art. 1, comma 1-bis, L. n. 241/1990, la P.A., nell'adozione di atti di natura non autoritativa, può agire secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente, va osservato che in tale principio generale si potrebbe, forse, scorgere l'appiglio ermeneutico per giustificare un'estensione anche agli enti pubblici di una normativa che rimane peraltro, nei suoi "cromosomi", essenzialmente privatistica. Non si può, tuttavia, sottacere che la stessa sottrazione degli enti pubblici dallo strumento privatistico (del fallimento) trova la sua giustificazione nella inconciliabilità fra tutela dell'interesse pubblico e la disciplina concorsuale di cui alla

legge fallim., essendo quest'ultima finalizzata (in via certamente prevalente) al regolamento di diritti soggettivi, cioè alla tutela dei creditori.

È stato osservato come nell'ambito del dissesto degli enti pubblici si sia di fronte ad un modulo procedimentale che viene affidato in larga misura ad una struttura commissariale, governata da organi amministrativi (con il coinvolgimento della sezione regionale di controllo della Corte dei Conti), senza ingerenze (a differenza di quanto accade nel fallimento) da parte dell'A.G.O., ergo senza violare la riserva di amministrazione. L'intervento (seppur limitato) del Tribunale nell'ambito delle procedure ex L. n. 3/2012 può costituire, in effetti, un ostacolo al riconoscimento dell'applicabilità delle stesse. Ma è sulla coesistenza - nel senso di inclusione/complementarietà dei rimedi oppure di alternatività degli stessi - di una disciplina ad hoc rispetto all'eventuale composizione delle crisi da sovraindebitamento che va focalizzata l'attenzione, costituendo il vero fulcro del problema.

A) Sotto il profilo dell'asserita inclusione dei rimedi, non può essere accolta la tesi (sostenuta nel caso concreto dalla difesa dell'IPAB) secondo la quale il piano di risanamento previsto dalla normativa regionale può coincidere con un accordo di ristrutturazione dei debiti ex artt. 7 ss. L. n. 3/2012. Come il Collegio del reclamo ha infatti sottolineato, da un lato la disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento non consente opzioni. In effetti, de jure condito, il soggetto non fallibile (e quindi assoggettabile - prima dell'entrata in vigore della L. n. 3/2012 - solo a procedura esecutiva) non può di regola scegliere uno strumento di soluzione della crisi diverso rispetto a quello recentemente previsto dal legislatore (salvo sia quest'ultimo a dotare il debitore non soggetto a procedure concorsuali di più opzioni, come apertis verbis accade per l'imprenditore agricolo). Dall'altro lato, nella specie la stessa legge regionale (entrata in vigore dopo la L. n. 3/2012) non ha richiamato in alcun modo l'applicazione di tale disciplina in via alternativa. È stato osservato come le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, proprio in quanto applicabili solamente ai soggetti non assoggettabili alle procedure concorsuali «tradizionali», si pongono rispetto a queste ultime in posizione di rigida «alterità».

In relazione alla presunta sovrapponibilità della liquidazione ex L. n. 3/2012 con quanto previsto dalla disciplina specifica degli IPAB - accostamento che il provvedimento di omologa poi impugnato pare adombrare - occorre osservare che la procedura di liquidazione prevista dalla L. n. 3/2012 per il soggetto sovraindebitato è una procedura volontaria, essendo la legittimazione esclusiva in capo al debitore. Fra le procedure concorsuali non concordatarie, l'unico caso di legittimazione esclusiva del debitore si ha nell'ipotesi di amministrazione straordinaria «speciale» (nel qual caso i creditori possono instare per l'apertura dell'a.s. «comune»); nell'ipotesi di liquidazione ex L. n. 3/2012, peraltro, l'alternativa non è costituita da un'altra procedura concorsuale, bensì dalle procedure esecutive che ogni creditore uti singulus può decidere di coltivare. Se si pone attenzione a quella che è la ratio della normativa del 2012, quest'ultima pare essere rivolta (in prima approssimazione) a soggetti privati

e/o ai c.d. imprenditori sotto-soglia, mentre una certa discrasia rispetto alla natura amministrativa dell'attività svolta e alle modalità operative proprie degli enti pubblici non può non essere colta; anzi, proprio il principio dell'alternatività tra assoggettabilità a procedura concorsuale (di qualsiasi tipo, stante la ratio del rimedio) e procedimento ex L. n. 3/2012 porterebbe a propendere per l'esclusione degli enti pubblici tra i destinatari della normativa de qua. Ciò, a tacere del fatto che rispetto all'esperibilità della procedura di liquidazione sarebbe ostativa la norma di cui all'art.14 quinquies della legge (che stabilisce che la nomina del liquidatore spetta al giudice delegato).

B) Il principio di alternatività dovrebbe valere - si noti - già all'interno dell'alveo degli strumenti previsti dalla L. n. 3/2012: secondo un orientamento giurisprudenziale che valorizza tale profilo, non è possibile la presentazione contestuale e cumulata di più domande relative alla procedure di cui alla L. n. 3/2012. Al debitore sovraindebitato è, infatti, da ritenersi preclusa la contestuale presentazione di una proposta di accordo di composizione della crisi e di una domanda di liquidazione del patrimonio; le due procedure concorsuali sono, infatti, rigidamente alternative tra loro.

Se - ad ulteriore specificazione di quanto sopra osservato - si fa discendere che alla previsione normativa di un'autonoma procedura di liquidazione (seppure non specificamente delineata, ma prevista di volta in volta con legge) deve predicarsi l'esclusione dei soggetti per i quali sono previste autonome procedure collettive di liquidazione dall'utilizzo degli strumenti approntati in tema di sovraindebitamento, tale impostazione interpretativa restrittiva (per cui se è prevista una liquidazione ad hoc, non si può chiedere quella di cui alla L. n. 3/2012) pare in effetti reggere ad una verifica di carattere teleologico. Va ricordato, sotto questo profilo, che le imprese soggette a l.c.a. sono assoggettate a controllo pubblico, e ciò giustifica l'attribuzione di rilevanti poteri alle Autorità amministrative (e compressione del ruolo dell'Autorità giudiziaria), nell'ottica di assicurarne il regolare funzionamento, in ragione della loro attività, o dell'impatto sull'economia nazionale (come ad es. imprese esercenti l'attività bancaria, finanziaria, assicurativa, alle società fiduciarie, e alle cooperative). Nell'ambito di questa funzione di controllo, l'interruzione dell'attività d'impresa attraverso la liquidazione forzata costituisce lo strumento "estremo".

In linea di principio, la liquidazione forzata viene prevista, come ricordato, in considerazione della particolare attività oggetto dell'impresa, nell'ambito di una disciplina che prevede una vigilanza già nella fase fisiologica dell'attività dell'ente (proprio per i rilevanti interessi pubblici coinvolti). In altri casi, peraltro, la rilevanza pubblicistica che giustifica la soggezione alla procedura in caso di crisi non viene ricollegata alla natura dell'attività, bensì alle modalità con cui viene gestita (non essendo le attività "neutre" svolte dall'impresa), come ad es. nell'ipotesi delle imprese debitorie qualificate dell'IRI e dello Stato.

Più in generale, la sovrapposibilità ma anche la stessa alternatività tra rimedi amministrativi ad hoc e procedure ex L. n. 3/2012 andrebbe esclusa alla luce della considerazione per cui mentre le procedure concorsuali giurisdizionali sono, in linea di principio, finalizzate alla sistemazione dell'insolvenza e alla soddisfazione dei creditori, nella l.c.a. invece l'impresa o l'ente può essere assoggettato alla predetta procedura anche per motivi che prescindono dallo stato di insolvenza o dal mancato adempimento delle obbligazioni assunte; secondo questa impostazione, la soppressione dell'attività dell'ente andrebbe vista in termini strumentali rispetto alla finalità estintiva dell'ente stesso, mentre la soddisfazione concorsuale dei creditori costituirebbe un semplice effetto.

5. Profili di (in)coerenza del sistema.

Nell'ipotesi di imprenditore agricolo - come peraltro osservato dal Collegio nella pronuncia resa in sede di reclamo, che qui si annota - è stato lo stesso legislatore a premurarsi (all'art. 7, comma 2-bis della legge) di prevedere la possibilità per tale soggetto (in sé del tutto peculiare) di avvalersi dello strumento di cui alla L. n. 3/2012, accanto a quelli di cui agli artt. 182-bis e 182-ter legge fallim. In relazione a questi due ultimi istituti, peraltro, è dubbio se essi siano riconducibili agli schemi concordatari e (soprattutto) se possano essere qualificati come procedura concorsuale, ma per il profilo che qui interessa può tralasciarsi tale problematica. L'imprenditore agricolo costituisce, infatti, un esempio di soggetto esentato ex lege dal fallimento e beneficiario (altrettanto) ex lege degli strumenti di cui sopra (tra cui, appunto, quello di cui alla L. n. 3/2012). Da ciò sembrerebbe potersi inferire che laddove un soggetto non fallibile abbia a disposizione strumenti di soluzione della crisi (concorsuali o non), la applicabilità dei rimedi di cui alla normativa sul sovraindebitamento riposi essenzialmente su di una previsione espressa.

In via premiale - va inoltre ricordato - è stabilito che le c.d. start up innovative (costituite in forma di società di capitali, anche cooperative) non sono soggette a procedure concorsuali diverse da quelle previste nel capo II della L. n. 3/2012 (fino al compimento del quadriennio dalla costituzione o fino alla perdita dei requisiti previsti dall'art. 25, comma 2, legge fallim.). In questo caso, il legislatore ha esteso l'ambito di applicazione dei nuovi rimedi a soggetti in teoria fallibili (quelle sopra-soglia), confermando implicitamente per quelle non fallibili (sprovviste di soluzioni alternative nell'ambito della normativa previgente).

Giova inoltre rammentare che le imprese che sono soggette a liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento possono chiedere l'ammissione al concordato preventivo (ex art. 195, comma 7, legge fallim.), salvo che leggi speciali dispongano diversamente. Nel caso delle banche (soggetti, quindi, "non fallibili" in

quanto assoggettate soltanto a l.c.a.) è la disciplina settoriale (D.Lgs. n. 385/1993) a disporre che le stesse non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta speciale prevista ad hoc. Nell'ipotesi di enti assoggettabili alternativamente sia a fallimento sia a l.c.a. (come le cooperative che esercitano attività commerciale ex art. 2545-terdecies, comma 2, cod. civ.), è il criterio della prevenzione a stabilire la preclusione dell'altra procedura (ex art. 196 legge fallim.).

Il Tribunale del reclamo ha sottolineato che all'estensione dell'applicazione della normativa sul sovraindebitamento alle IPAB corrisponderebbe una inaccettabile ingerenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria nella sfera della P.A., comportando, tra l'altro, una illegittima prosecuzione dell'attività dell'Ente in aperto contrasto con le norme specifiche che ne impongono, invece, la soppressione in caso di malfunzionamento. Vi è peraltro chi ha osservato come nell'ambito dell'accordo ex L. n. 3/2012 gli organi gestori rimangano nelle loro funzioni (essendo sottoposti all'autorizzazione del G.D. solo gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione ex art. 10, comma 3-bis della legge), non comportando l'ammissione alla procedura di per sé l'interruzione del servizio erogato.

Più interessante ancora è la parte del decreto in cui si pone un parallelismo tra la questione della fallibilità delle società in house in dissesto e la problematica in oggetto, ricordando come la tesi favorevole alla fallibilità delle stesse valorizzi l'osservazione per cui il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso uno strumento privatistico (id est la costituzione di una società di capitali avente per oggetto un'attività propria di un ente locale) comporta per tali società l'assunzione di tutti i rischi connessi alla loro insolvenza, alla luce dell'esigenza del rispetto del principio di uguaglianza, di affidamento e delle regole di concorrenza. È stato opportunamente osservato sotto questo profilo come, al fine di evitare il cristallizzarsi di una sorta di area di "immunità" per le società pubbliche (nei confronti delle iniziative dei creditori insoddisfatti), l'assoggettabilità o meno delle medesime alla procedura concorsuale debba necessariamente raccordarsi con alcune regole fondamentali dell'ordinamento della U.E. e interno, e cioè il divieto di aiuti di Stato, il principio della libera concorrenza a tutela delle imprese private terze; ciò, a tacere dei profili attinenti alla sostenibilità del debito e dell'equilibrio di bilancio (ex art. 97, comma 1, Cost.).

Il Collegio del reclamo ha osservato come, nell'ipotesi di dissesto di un ente pubblico, configuri un vulnus al principio di uguaglianza e alla parità di trattamento l'estensione ad un soggetto con non opera in regime di concorrenza né assume i rischi dell'insolvenza, di un rimedio di composizione della crisi con facoltà di scelta

alternativa rispetto alla procedura che è stabilita per gli enti pubblici (a differenza dei privati che non possono scegliere).

È sotto questo versante che si coglie tutta la complessità della questione: anche a voler privilegiare il dato pubblicistico, la soluzione di valorizzare sic et simpliciter l'operatività dell'esenzione dell'ente pubblico (e/o della società in mano pubblica) dal fallimento (e dal concordato), parrebbe condurre al riconoscimento per tali soggetti della possibilità di avvalersi degli strumenti di cui alla L. n. 3/2012, con ricorso volontario ai medesimi. Tutto ciò, peraltro, rende l'evidente aporia del sistema, costituita dal fatto di riconoscere a determinati soggetti la possibilità di essere ammessi ad una procedura concorsuale "volontaria" (quella di cui alla L. n. 3/2012), e nello stesso tempo godere dall'esenzione dalle procedure concorsuali non volontarie ("obbligatorie", quali in primis il fallimento), a tacere delle considerazioni svolte supra in merito all'inapplicabilità della L. n. 3/2012 qualora sia prevista una procedura ad hoc. In relazione a quest'ultimo profilo, merita osservare, sul versante della procedura di l.c.a. degli enti soggetti a controllo pubblico, che se si valorizza il fatto che la l.c.a. rappresenta la sola procedura liquidatoria che, de jure condito, può essere disposta in base a presupposti oggettivi che ben possono prescindere dallo stato di insolvenza, pare condivisibile l'orientamento (costante) della S.C., che considera appunto la procedura di l.c.a. come finalizzata alla soppressione dell'ente «con finalità d'ordine prettamente pubblicistico».

6. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle osservazioni che precedono, emerge un quadro normativo con riferimento al quale è indispensabile, da parte dell'interprete, uno sforzo particolare e una sensibilità non comuni, venendo in gioco molteplici interessi e principi di non immediato coordinamento. È stata acutamente osservata, sotto questo profilo, la centralità del confronto fra il contenuto delle regole concorsuali previste dalla legge fallimentare (si fa riferimento a fallimento e concordato preventivo) - rimaste sostanzialmente immutate per quanto riguarda i requisiti soggettivi - da un lato e la peculiarità del soggetto "società pubblica" (il cui interesse pubblico rappresenta spesso qualcosa di ulteriore rispetto all'oggetto sociale che è di norma di natura lucrativa), dall'altro lato.

Pare quasi che il nuovo strumento previsto dalla L. n. 3/2012, finalizzato in un certo senso a completare il sistema (prevedendo strumenti di cui alcuni soggetti specifici certamente non potevano avvalersi in precedenza), anziché colmare definitivamente una lacuna dell'ordinamento, finisca - in assenza di una disciplina chiara di coordinamento e/o di delimitazione - per aprire possibili contenziosi in ordine alla stessa ammissibilità, dal punto di vista soggettivo, dell'utilizzo delle procedure medesime. Con il cennato intervento normativo, il sistema è passato da un sistema dualistico puro ad un sistema misto, con due sotto-sistemi distinti ma complementari:

accanto a quello delle procedure concorsuali tradizionali vi è quello della composizione delle crisi da sovraindebitamento, rivolto alla composita platea dei soggetti diversi dall'imprenditore commerciale di non piccole dimensioni.

È stato osservato come seguendo l'orientamento tipologico-pubblicistico, l'esenzione da fallimento e concordato preventivo porterebbe a riconoscere l'applicabilità della L. n. 3/2012, mentre basandosi sull'approccio funzionale l'accesso al concordato (a tacere, peraltro, dei profili di "privilegio" nei confronti delle società in mano pubblica) precluderebbe l'utilizzo delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

La ratio della esclusione dal fallimento degli enti pubblici ex art. 1 legge fallim. riposa, da un lato, nella incompatibilità della procedura stessa (con il suo carattere di esecuzione generale a tutela del ceto creditorio) rispetto all'attività dell'ente medesimo (che verrebbe paralizzata), e dall'altro nel divieto per gli organi della procedura concorsuale di sostituirsi agli organi "politici" nella gestione dell'ente pubblico stesso, mentre nel caso delle società in mano pubblica il problema è quello di valutare se l'applicazione della disciplina fallimentare strida o meno con l'interesse pubblico (al funzionamento dell'ente e alla non ingerenza nella gestione). Se ciò è vero, in riferimento agli IPAB del caso in esame, la questione si sposta - trattandosi di enti non fallibili ma assoggettati ad una procedura amministrativa ad hoc - sulla valutazione della compatibilità tra l'interesse pubblico medesimo e l'applicazione degli strumenti previsti dalla L. 3/2012 (rectius: la prima e la terza procedura: l'accordo e la liquidazione) a tali soggetti.

È stato opportunamente osservato come il contemperamento tra la tutela dei creditori e la necessità di efficiente gestione del servizio non debba essere ottenuto mediante istituti di privilegio, che sono tipici dell'ente pubblico, e che riguardano l'attività dell'ente (l'esenzione da fallimento ne è un chiaro esempio), bensì nella disciplina particolare dei beni pubblici destinati all'erogazione del servizio. Mentre il dissesto degli enti locali ha come finalità il risanamento, in relazione agli enti diversi da questi l'obiettivo è invece proprio quello di sopprimerlo. Come è stato sopra ricordato, la scelta legislativa di escludere gli enti pubblici dalle procedure concorsuali di cui alla legge fallim. ha come contraltare la regolamentazione separata della patologia di tali enti (normalmente sopposti ad altre procedure nell'ambito di discipline settoriali).

La conclusione cui perviene il Collegio (in sede di accoglimento del reclamo) ha escluso per gli IPAB, che non sono assoggettabili al fallimento ma nei cui confronti è prevista una procedura amministrativa ad hoc, la possibilità di optare "volontariamente" per una soluzione "privatistica" prevista dalla legge citata. L'opzione ermeneutica fatta propria nel provvedimento annotato, laddove valorizza la circostanza dell'assenza di diversa ed espressa disposizione normativa (che stabilisca espressamente l'applicabilità degli strumenti in oggetto) e l'esistenza di un'autonoma

procedura di liquidazione per gli IPAB al fine di predicare l'inapplicabilità agli stessi della L. n. 3/2012 pare più convincente di quella estensiva.

In effetti, laddove il legislatore prevede l'esclusione dello strumento privatistico del fallimento e al contempo una procedura non giurisdizionale apposita, pare difficilmente sostenibile la possibilità di fare rientrare "dalla finestra" a favore dell'ente pubblico uno strumento esdebitatorio che colma sì una lacuna normativa nell'ambito della composizione della crisi, ma in relazione ad enti non fallibili che, prima dell'entrata in vigore della L. n. 3/2012, erano soggetti soltanto all'esecuzione forzata. La figura dell'imprenditore agricolo, soggetto esentato ex lege dal fallimento (e beneficiario degli strumenti di cui agli artt. 182-bis e 182-ter legge fallim.), è stato fatto rientrare espressamente dal legislatore tra i possibili beneficiari della disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento. Valorizzando tale aspetto, pare potersi affermare che in linea di principio ogniqualvolta nei confronti di un soggetto non fallibile siano previsti strumenti di soluzione della crisi (concorsuali o non, liquidatore o non), la applicabilità dei rimedi di cui alla L. n. 3/2012 debba fondarsi, anche in virtù della ratio della nuova disciplina, su di una previsione espressa.

Anche nell'ambito del problema di delimitazione del campo di applicazione della L. n. 3/2012 qui in discussione possono utilmente richiamarsi le osservazioni valide nell'ambito delle società in mano pubblica a proposito del cd. metodo funzionale, applicando il quale l'esenzione dal fallimento andrebbe limitata a quelle "necessarie" (in quanto titolari di un servizio pubblico essenziale in corso di svolgimento). In altre parole, se è lecito affermare che l'assoggettare a fallimento una società a partecipazione pubblica (imprenditore commerciale non piccolo) costituisce strumento efficace per la migliore tutela degli interessi dei creditori del debitore insolvente (che è una forma, seppur indiretta, di protezione di un interesse generale, tra cui quello della difesa del credito e del risparmio, costituzionalmente tutelato), allora specularmente non pare soluzione abnorme ritenere che la normativa pubblicistica di natura sostanzialmente liquidatoria prevista per gli IPAB, che comporti interruzione forzata dell'attività e liquidazione, consentendo una rapida riallocazione delle risorse (in modo sostanzialmente analogo alla procedura fallimentare, non applicabile, ma di cui viene a fare in un certo senso le "veci", con una gestione amministrativa e non giurisdizionale della procedura stessa) realizzi anch'essa un interesse generale (come si evince dalla disciplina ad hoc, sicuramente pubblicistica) ed escluda ugualmente (come nel caso di soggetto fallibile, id est soggetto a procedura concorsuale) l'applicabilità de jure condito della L. n. 3/2012.

È stato osservato sopra come la sovrapposibilità o alternatività tra procedure amministrative ad hoc e procedure ex L. n. 3/2012 siano da escludere, tenendo presente la finalità delle stesse: mentre le procedure concorsuali giurisdizionali sono

tese per natura alla sistemazione dell'insolvenza e alla soddisfazione dei creditori, nella l.c.a. l'impresa può esservi assoggettata anche per motivi che prescindono dallo stato di insolvenza o dal mancato adempimento delle obbligazioni assunte (la soppressione dell'attività avendo carattere strumentale rispetto alla finalità estintiva, avendo come effetto la soddisfazione concorsuale dei creditori).

Al di là dell'affermazione (in sé - come osservato supra - non condivisibile) per cui la liquidazione prevista dalla normativa speciale possa ritenersi assorbita in quella prevista dalla L. n. 3/2012, resta il fatto che l'accordo (volontario, id est su iniziativa dell'ente sovraindebitato) viene ad essere - seguendo la tesi dell'ammissibilità del ricorso - una possibilità attribuita ad alcuni enti ma non ad altri. Certamente l'interpretazione secondo la quale gli enti in oggetto possono scegliere, in ultima analisi, se giovarsi di una procedura che è stata "disegnata" per i soggetti non fallibili e per il "sottoinsieme" dei consumatori (rectius, sotto il profilo della ratio della normativa, per i soggetti che non sono soggetti a procedure concorsuali e non avrebbero potuto ottenere - se non fosse entrata in vigore la L. n. 3/2012 - l'effetto esdebitatorio) pone certamente dei problemi non tanto e non solo sotto il versante del coordinamento tra principi e finalità connaturati alla natura pubblicistica del settore specifico e alle caratteristiche della concorsualità (che ha le sue regole peculiari), ma (forse) prima e soprattutto sotto il profilo dell'uguaglianza, della ragionevolezza della normativa (nella misura in cui sia applicata letteralmente in senso positivo rispetto all'applicabilità) e della parità di trattamento.

7. Postilla (de jure condito e de jure condendo).

Nell'ottica delle riforme in itinere, merita ricordare in questa sede (de jure condendo) che l'art. 9, comma 1, lett. a) dello schema di DDL delega prevede una specificazione delle categorie ammesse alla procedura di sovraindebitamento, anche in base ad un criterio di prevalenza delle obbligazioni assunte a diverso titolo, ricomprendendovi le persone fisiche e gli enti non assoggettabili alla procedura di concordato preventivo e liquidazione giudiziale e individuando criteri di coordinamento nella gestione delle procedure. È stata rilevata, peraltro, una dissonanza tra l'esigenza (manifestata dal DDL citato) di previsione analitica da un lato e il carattere comunque residuale dell'istituto di alla L. n. 3/2012 rispetto al sistema della legge fallimentare dall'altro.

Giova, inoltre, dar conto della recente introduzione del **Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Il D.Lgs. n. 175/2016**, che costituisce attuazione della delega contenuta nella L. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia), pare limitare, all'art. 14, comma 1), la fallibilità alle sole società "a partecipazione pubblica", e apparentemente non a quelle a "controllo pubblico", tra cui quelle in house. Il comma 6 della norma citata fa, peraltro, riferimento al fallimento di "società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti", con ciò dando ad intendere di voler ricomprendere le società in house nell'ambito di applicazione della nuova disciplina,

sancendone la fallibilità, ergo escludendo implicitamente l'utilizzabilità degli strumenti di cui alla L. n. 3/2012.

In relazione a queste ultime, si registra una pronuncia di merito del 2015 nel senso della fallibilità: è stato affermato che le società in house che svolgono attività commerciale sono assoggettabili al fallimento (ed alle altre procedure concorsuali), non essendo assimilabili agli enti pubblici in ragione dell'attività d'impresa che svolgono (ciò, valorizzando le disposizioni della legge delega n. 124/2015); tuttavia, qualora si dovesse optare per la soluzione restrittiva (id est per la non fallibilità), il problema della utilizzabilità da parte delle stesse degli strumenti di cui alla L. n. 3/2012 sarebbe destinato a riproporsi.

Sotto questo profilo, se è vero che la futura riforma dovrebbe prevedere la possibilità per i creditori di chiedere l'apertura di una procedura liquidatoria (ampliando la platea dei soggetti legittimati, non più limitata al solo debitore), il nuovo scenario (al netto delle difficoltà interpretative citate e della necessità di vagliare il sistema che ne deriverà sotto il profilo della ragionevolezza, anche ex art. 3 Cost.), potrebbe superare le osservazioni critiche nei confronti degli orientamenti che hanno affermato la non fallibilità degli enti in oggetto: ciò, proprio alla luce della possibilità (che sarà prevista de jure condendo) un accesso "forzoso" alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento su istanza dei creditori o del P.M.

In ogni caso, tenuto conto di quanto osservato supra, ricordato che le procedure previste in relazione agli enti sottoposti alla vigilanza dello Stato (a tutela di interessi generali) si ispirano al modello della liquidazione coatta amministrativa (che si distingue dal fallimento in primis sotto il profilo del soggetto - autorità amministrativa anziché A.G.O.- competente a disporla, nel rispetto della riserva di giurisdizione), rimane valida l'affermazione per cui l'esclusione dal campo di applicazione della L. n. 3/2012 non dovrebbe revocarsi in dubbio in relazione agli imprenditori nei cui confronti all'esenzione ex lege dal fallimento corrisponda (altrettanto ex lege) l'assoggettabilità ad altre procedure, come la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Pur prendendo atto che, in subjecta materia, sussistono varie criticità di ordine sistematico, in linea di principio la soluzione preferibile de jure condito pare essere nel senso che ogniqualvolta nei confronti di un soggetto non fallibile siano previsti strumenti di soluzione della crisi (concorsuali o non), la applicabilità dei rimedi di cui alla L. n. 3/2012 debba fondarsi, anche in virtù della ratio della L. n. 3/2012, su di una previsione espressa (come avviene per l'imprenditore agricolo). La scelta legislativa di escludere gli enti pubblici dalle procedure concorsuali di cui alla legge fallim. ha come contraltare la regolamentazione separata della patologia di tali enti (normalmente sottoposti ad altre procedure nell'ambito di discipline settoriali): la citata L. n. 1404/1956 lo testimonia; viene a cadere il fondamento rispetto all'applicazione

della L. n. 3/2012 agli IPAB (che il provvedimento di omologa impugnato aveva ravvisato nell'assenza di un'aposta disciplina per il risanamento dell'ente pubblico).

Al legislatore della riforma che è in itinere spetta il ruolo di intessere una trama coerente, in contemperamento degli interessi pubblicistici (che sono connaturati al settore de quo) con quelli propri della soluzione delle crisi.

Fonte: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 2014, pag. 83

Autori: Sara Valaguzza

L'ATTIVITÀ DI IMPRESA DEGLI ENTI PUBBLICI

Sommario: 1. Ripensamenti sulla libertà d'iniziativa economica privata degli enti pubblici. — 2. Il modello della Costituzione repubblicana. — 2.1. Il significato dell'enunciato «l'iniziativa economica privata è libera». — 2.1.1. La libertà d'iniziativa economica privata delle società a partecipazione pubblica. — 2.1.2. La libertà d'iniziativa economica privata degli enti pubblici. — 2.2. Gli enti pubblici come imprese ai sensi dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. — 3. Gli esiti dell'interpretazione prospettata: le implicazioni concrete.

1. Ripensamenti sulla libertà d'iniziativa economica privata degli enti pubblici.

È un dato di fatto appartenente alla realtà moderna che le amministrazioni pubbliche utilizzino il diritto privato. Non solo per svolgere le proprie quotidiane attività con strumenti differenti da quelli tradizionalmente riconducibili all'agire autoritativo, ma anche creando nuovi soggetti giuridici la cui forma è quella delle istituzioni privatistiche (1). Penso alla costituzione di società, ma anche alle fondazioni e ai consorzi partecipati da enti pubblici. Certo il diritto privato non è l'unico ambito cui le amministrazioni attingono per dare vita a nuove soggettività giuridiche. Le agenzie o le autorità di ambito, per esempio, si caratterizzano per avere il proprio fondamento istituzionale in normative pubblicistiche, estranee al codice civile.

In che termini e a quali condizioni l'amministrazione possa ramificarsi in altri organismi, ci interessa in questo scritto in quanto ci proponiamo di indagare la possibilità o meno di estendere la «libertà» (2) di iniziativa economica, sancita dall'art. 41 della Costituzione italiana, agli enti pubblici. Il tema diventa rilevante in questo momento, in cui l'intervento pubblico torna ad essere(3) un intervento attivo, tramite la presenza di operatori pubblici o misti che operano sul mercato in condizioni di concorrenza, e non con finalità regolatorie.

Invero, l'intervento pubblico nell'economia è oggi fortemente caratterizzato da tendenze contrapposte che agiscono nell'ordinamento come forze centrifughe: da un lato, si assiste ad una continua gemmazione, per mano delle amministrazioni pubbliche, di nuovi soggetti e, dall'altro, vengono adottati testi normativi che tendono

a comprimere tali iniziative, specialmente limitando la costituzione di società a partecipazione pubblica, in ragione di esigenze di risparmio della spesa pubblica.

Inoltre, la presenza di operatori economici pubblici, accanto agli operatori economici privati o soggetti all'influenza delle autorità pubbliche, viene presentata come un elemento di potenziale alterazione delle regole di concorrenza, idealmente pregiudizievole del confronto competitivo tra le imprese (4)

L'aspirazione della legislazione è quella di proteggere, sotto l'egida della protezione della concorrenza, il mercato concorrenziale e la promozione della crescita economica (5), sul presupposto che entrambi sarebbero a rischio per la presenza di operatori economici legati a soggetti pubblici.

Questa pretesa razionalità vacilla, però, al confronto con la realtà, nella quale gli operatori economici espressione di attività di impresa dei soggetti pubblici non godono di alcuna posizione di privilegio.

A parte il richiamo ad esigenze contingenti di risparmio della spesa pubblica e alla (supposta) necessità di protezione della concorrenza, il sistema vigente non presenta un disegno organico di riforma che riguardi l'attività di impresa degli enti pubblici. Il che complica di molto la posizione dell'interprete che intenda riflettere sul significato attuale dell'art. 41 della Costituzione e sulla possibilità di ritenere ricompresa nell'enunciato di cui al comma 1 anche l'attività di impresa degli enti pubblici, in quanto egli si trova anzitutto gravato dal compito di recuperare il significato sistematico dell'intervento pubblico nell'economia passando attraverso le contraddizioni della normativa vigente che ha smarrito quella prospettiva. Non stupisca, quindi, se si sarà parchi nei riferimenti normativi. In un sistema continuamente mobile di norme (in cui assistiamo a continue sovrapposizione e cambi di tendenze), il richiamo alla legislazione primaria non ci consentirebbe, infatti, di individuare riferimenti sicuri e appare perciò metodologicamente scorretto.

È un tema, quello che si è anticipato, ampiamente discusso nella letteratura giuridica specialmente della seconda metà degli anni novanta, con riferimento all'impresa pubblica (6). Come attesta la relazione di accompagnamento al codice civile, era allora già ben noto il fenomeno dell'impresa pubblica: "lo Stato trova spesso conveniente organizzare le imprese da esso assunte nelle stesse forme dell'impresa privata — specialmente nella forma della società per azioni — nel qual caso non vi è luogo a parlare di impresa pubblica e (...) non vi è ragione aprioristica perché l'impresa pubblica non sia assoggettata alla disciplina del codice civile che vale per l'impresa privata, in quanto quella e questa operano sullo stesso piano" (7). A nostro avviso, però, non ci si può esimere dall'aggiornare i riferimenti concettuali, se non altro per l'incombente del diritto europeo, che inserisce nel dibattito nuovi parametri concettuali di riferimento con cui è d'obbligo (8) il confronto. La necessità di garantire un'interpretazione delle norme vigenti compatibile con il diritto europeo potrebbe cambiare finanche la fisionomia delle norme costituzionali.

Tracciati così gli elementi essenziali della problematica che intendiamo trattare, è subito evidente la necessità di approfondire il parametro costituzionale menzionato e cioè il principio della libertà di iniziativa economica privata, interrogandosi su quale sia il significato, storico ed attuale, del principio enunciato nel primo comma dell'art. 41 della Costituzione Italiana. Solo una volta chiarito il significato di quella previsione, ci sarà possibile accostarla all'iniziativa economica attiva degli enti pubblici.

2. Il modello della Costituzione repubblicana.

La Costituzione repubblicana ci offre un modello retto sulla presenza di due sfere autonome e distinte: quella degli enti pubblici, basata sull'utilizzo di istituti appartenenti al diritto amministrativo e retta dai principi di buona amministrazione e di imparzialità, e quella delle imprese private, basata sulla libertà di impresa e sullo statuto dell'imprenditore. In particolare, coerentemente con l'ideologia del momento storico che ha coinciso con la sua adozione, la Costituzione riporta, nel titolo dedicato ai rapporti economici, l'enunciazione della libertà di intraprendere attività economiche, e si completa, ai successivi commi dell'art. 41, con l'affermazione della prevalenza di libertà, sicurezza, dignità umana e utilità sociale, intesi questi come valori irrinunciabili, che devono comunque essere preservati nelle modalità⁽⁹⁾ con cui l'attività di impresa venga in concreto esercitata.

Questo modello di affermazione della libertà e, parimenti, di protezione delle finalità di interesse generale, è piuttosto comune agli archetipi costituzionali degli Stati membri, ed è anche stato assorbito dal diritto dell'Unione Europea, nel quale però non si rinvencono norme generali volte a equilibrare le libertà economiche con le istanze sociali rappresentate dai pubblici poteri. Eppure la giurisprudenza comunitaria ha subordinato il pieno esplicarsi dell'attività economica alla realizzazione degli interessi generali della Comunità, « tendenti a confondersi con quelle esigenze di crescita economica e di stabilità, di realizzazione del mercato unico, identificate fra gli scopi essenziali della medesima Comunità » (10)

ed ha chiaramente manifestato di aderire ad una impostazione simile a quella degli Stati nazionali, le cui regole vengono richiamate in appoggio ad orientamenti sovranazionali limitativi delle libertà affermate nei Trattati: « benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruiscano il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività, oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta, fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare talvolta legittimo sottoporre detti diritti a limiti giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi » (11) Il parallelismo tra principi della Costituzione economica degli Stati membri e

diritto europeo e la protezione, in entrambi gli ambiti, della concorrenza, intesa come strumento per il benessere economico, ci permettono di tentare, come si vedrà nei paragrafi che seguono, una rivisitazione della problematica annunciata assumendo come riferimento l'ordinamento europeo.

Sull'art. 41 della Costituzione molto è stato scritto, anche in senso fortemente critico. Si è detto che tale articolo sia « non ... fra i più perspicui della Costituzione » (12); che la norma sarebbe « indeterminata nel suo nucleo politico centrale » (13) e « anfibologica » (14); « disorganica » (15), « contraddittoria » (16), e « disarmonica » (17) Senza addentrarci nelle pieghe del dibattito sul sistema economico che la Costituzione avrebbe promosso, solo perché non rileva ai fini di questo scritto (18), ci basti notare che la formulazione dell'art. 41 è il risultato dalla scelta politica e, di conseguenza, legislativa, per un mercato aperto e concorrenziale (19), in cui sia riconosciuto e garantito il ruolo dell'impresa privata come motore dell'economia, seppure entro il rispetto di certi limiti predefiniti. Si è osservato che la previsione costituzionale è strutturata come una norma di protezione, invocabile nei confronti di interventi restrittivi dei pubblici poteri che incidano negativamente sulla libertà affermata dal comma 1, per ragioni diverse dalla difesa dei valori prioritari riconosciuti come tali dalla Costituzione stessa (20). Accanto a questa dimensione verticale della libertà di impresa (intesa come libertà dai pubblici poteri) (21), dottrina (22) e giurisprudenza hanno nel tempo sviluppato, anche per dare spazio alla concezione comunitaria, prima, ed europea, poi, di impresa, una dimensione orizzontale dell'iniziativa economica riconosciuta dal comma 1 dell'art. 41 della Costituzione, intesa come libertà tra operatori economici e, dunque, come garanzia della lealtà(23) dei comportamenti nel mercato concorrenziale (24)

Accanto alle aree aperte all'iniziativa economica privata, l'art. 43 della Costituzione indica ambiti dell'economia con organizzazione diversa da quella del mercato concorrenziale, in cui può radicarsi una riserva pubblica in relazione ad attività caratterizzate dall'essere servizi pubblici essenziali o, comunque, dal loro stretto legame con il “preminente interesse generale”. Ne deriva che, secondo il modello costituzionale, il libero mercato costituisce il luogo di azione dei soggetti privati, che agiscono nell'ambito della propria libertà contrattuale; il campo dei servizi di preminente interesse generale rappresenta, invece, il perimetro di azione dell'intervento pubblico diretto nell'economia (25). Storicamente, dunque, la Costituzione repubblicana rispecchia la giustapposizione tra libertà/attività di impresa, tipicamente riconducibile alla sfera del diritto privato e all'azione dei soggetti privati, e intervento pubblico nell'economia, di competenza degli enti pubblici, giustificato dall'interesse generale e sottratto al mercato.

Ebbene, il modello cui si è appena accennato, che corrisponde al contesto storico, culturale e giuridico-politico in cui la Costituzione è stata adottata, si presta oggi ad

una rilettura, in considerazione del fatto che articolazioni soggettive, più o meno legate agli apparati amministrativi, occupano spazi importanti non solo nei settori caratterizzati da forme di riserva pubblica, ma anche là dove è la concorrenza, con le sue regole, ad affermarsi. Questa compresenza, nell'economia di mercato, di imprese private così come di imprese pubbliche o a partecipazione pubblica, esprime una realtà evidentemente diversa da quella, basata sulla delimitazione di ambiti non interferenti, che costituiva il riferimento fattuale del legislatore costituente; dal punto di vista che più ci interessa, essa induce ad interrogarsi sul regime giuridico dei nuovi soggetti attivi sul mercato sotto influenza pubblica e suggerisce un'attualizzazione, in chiave evolutiva, delle previsioni costituzionali che sono state richiamate.

Si avverte che un'ipotesi di rilettura dell'art. 41 della Costituzione già è stata sollecitata da chi ha proposto di ritenere che, per effetto del diritto europeo, la libertà costituzionale di iniziativa economica debba includere anche la costituzionalizzazione del principio di concorrenza (26). I privatisti, poi, hanno insistito per proteggere i programmi liberisti dalla presenza dello Stato e dei pubblici poteri come operatori economici, preoccupandosi di contrastare il contraltare privilegiato alla libertà individuale di iniziativa economica privata, storicamente limitata dalla presenza dei monopoli pubblici (27). Preoccupazione che perde però di attualità nel momento in cui l'operatore pubblico è soggetto a quelle medesime regole di confronto competitivo cui è soggetta l'impresa privata. Piuttosto, la tendenza che appare oggi più critica, già evidenziata in un recente scritto sul principio di concorrenza (28), è quella di attribuire al principio di concorrenza l'attitudine a generare norme relative al rapporto tra attività economica pubblica ed attività economica dei privati.

2.1. Il significato dell'enunciato « l'iniziativa economica privata è libera ».

Si può dire pacifica l'opinione che estende all'interpretazione delle disposizioni costituzionali le regole dell'ermeneutica valide per tutte le « leggi » (29), tra cui rileva, nel nostro caso, quella dell'interpretazione evolutiva (30). È pacifico anche che la Costituzione non rappresenti un documento statico, ma piuttosto un documento « politico », che necessita di progressivi adattamenti al momento giuridico e sociale cui si riferisce; proprio attraverso tali adattamenti essa riesce così a conservare attualità.

Il discorso attorno agli enunciati costituzionali può così interessare anche l'interprete (non solo la Corte costituzionale) che ha il compito, tra l'altro, di mettere in evidenza le linee di tendenza della legislazione vigente e il cambiamento degli strumenti giuridici, per rapportarli con le norme regolatrici o programmatiche contenute nella Costituzione. In quest'ottica, si tenterà un percorso interpretativo ascrittivo (31), con lo scopo di argomentare un significato della libertà d'iniziativa economica privata a partire dall'ipotesi, oggetto di verifica nello sviluppo argomentativo che segue, che l'impossibilità di separare, nel mercato concorrenziale, l'intervento pubblico e l'intervento privato, debba implicare una rilettura del primo comma dell'art. 41 della

Costituzione, coerente con la presenza delle società a partecipazione pubblica che agiscono senza privilegi e in condizioni di parità con altri operatori e con la riconosciuta capacità giuridica generale degli enti pubblici.

Per procedere nell'intento descritto, occorre anzitutto isolare l'enunciato del quale si ricerca il significato attuale, ossia: "L'iniziativa economica privata è libera".

La dichiarazione di libertà contenuta nel primo comma dell'art. 41, come si accennava, è intesa come garanzia di poter accedere ad una competizione economica e descrive un ambito di protezione da eventuali restrizioni introdotte dai pubblici poteri al di fuori del perseguimento dei valori irrinunciabili riconosciuti come tali dall'art. 41, comma secondo. In quest'ottica, l'art. 41 è inteso dalla dottrina come principio ordinatore dell'economia, di cui, a sua volta, l'iniziativa privata si rivela principio istituzionale (32); in virtù di tale assetto, l'autonomia negoziale dell'imprenditore può essere limitata esclusivamente da ragioni di tutela di interessi generali predeterminati, secondo i canoni indicati dalla norma.

L'apparente semplicità dell'enunciato costituzionale sottende, in realtà, un dibattito dottrinale particolarmente intenso e carico di significati anche ideologici, che ne condizionano inevitabilmente l'esegesi. Tralasciando i profili prettamente inerenti al modello economico riflesso dall'Assemblea costituente, è necessario ripercorrere i contenuti assodati della previsione in questione.

La dottrina che si è soffermata sull'art. 41 si è domandata, preliminarmente, in che cosa debba consistere l'iniziativa economica costituzionalmente garantita. Le ricostruzioni ipotizzate sul tema sono molteplici e tra loro differenti. Anzitutto, il concetto di iniziativa economica è stato interpretato in senso generale, fino a ritenerlo adatto ad una nozione più ampia di quella di impresa descritta dal codice civile, simile a quella più generica di attività produttiva (33). Questa impostazione ha mosso taluno (34) a ricomprendervi anche le attività di lavoro dipendente (nonostante avessero copertura già in altre norme della Costituzione), le libere professioni e la proprietà terriera (35). La libertà affermata dall'art. 41, secondo la dottrina più autorevole, avrebbe poi il significato di sancire la libertà della destinazione del capitale, nel senso che l'imprenditore deve poter valutare, sulla base della sola autonomia privata, come orientare i propri investimenti.

Quanto al contenuto della libertà d'iniziativa economica, è facile enucleare, seguendo la dottrina costituzionalista, le diverse facoltà e i diversi poteri in cui essa si articola (36):

- a) facoltà di scegliere l'attività economica;
- b) facoltà di reperire capitali;
- c) facoltà di organizzarsi nella maniera ritenuta più conveniente al raggiungimento dei propri fini;

d) facoltà di svolgere attività d'impresa;

e) potere di chiedere un prezzo o un compenso per i servizi o per le prestazioni svolte, che sia remunerativo;

f) potere di gestire autonomamente l'attività prescelta.

Chiariti, sebbene in sintesi ed in linea di massima, i principali canoni di riferimento per ricostruire i contorni della libertà di iniziativa economica enunciata dalla Costituzione, possiamo concentrarci ora sull'ipotesi interpretativa prospettata. L'opzione ermeneutica decisiva, ai nostri fini, è la seguente: se l'aggettivo che qualifica la libertà di iniziativa economica come privata debba essere inteso in senso soggettivo o oggettivo. E cioè se esso debba riferirsi all'iniziativa economica svolta da soggetti privati, oppure all'iniziativa economica svolta in forma privata, anche da enti pubblici. Ove quest'ultima opzione possa essere accolta, la libertà di iniziativa economica privata dovrebbe poter essere invocata anche da questi ultimi.

Prima di procedere oltre va subito richiamata, se non altro per l'autorevolezza di chi l'ha sostenuta, una teoria che escludeva l'applicabilità dell'art. 41 della Costituzione in favore dell'attività economica pubblica, considerato che ben di frequente quest'ultima si sottraeva ai criteri imprenditoriali (37), non risultando perciò, tout court, ascrivibile al concetto di attività economica. Questa impostazione è stata di recente ripresa in una riflessione che ritorna sulla necessità di distinguere concettualmente tra libertà di iniziativa economica privata, che si configura come un diritto di libertà costituzionale, e diritti in senso proprio. In quest'ottica, la libertà di iniziativa economica privata è intesa come « momento in cui la persona si realizza e si sviluppa e, come tale, non tanto è una situazione da difendere nei confronti dell'esercizio del potere statale, ma, piuttosto, va considerata, valorizzata e preservata nel complessivo assetto dei poteri, pubblici e privati, capaci di incidervi, restringendola o tutelandola » (38)

2.1.1. La libertà d'iniziativa economica privata delle società a partecipazione pubblica.

Cominciando dal profilo meno critico per affrontare il quesito posto, ossia se sia possibile o meno estendere la libertà di iniziativa economica sancita al primo comma dell'art. 41 della Costituzione agli enti pubblici, ci pare di poter sgombrare eventuali dubbi circa la possibilità di invocare la previsione citata in favore delle società, interamente pubbliche o miste, che, pur sotto influenza di una pubblica autorità, operano in condizioni di concorrenza.

La giurisprudenza (39) riconosce la natura privata di tali soggetti che, (se e) (40) in quanto società costituite ai sensi del codice civile, non mutano la loro natura (di soggetti di diritto privato) per il fatto di essere partecipate, in tutto o in parte, da enti pubblici (41). Per le società miste, il riconoscimento della loro natura schiettamente privata è particolarmente evidente, specialmente in seguito ai chiarimenti resi dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea a partire dalla sentenza Stadt Halle(42)

che, escludendo la legittimità di affidamenti in deroga alle regole della gara pubblica in favore di entità a capitale misto, ha avuto l'occasione di precisare che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche un'amministrazione aggiudicatrice esclude, in ogni caso, che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi; dunque, la società mista si configura, senza dubbio, come un soggetto giuridico distinto dall'ente pubblico che la partecipa, dotato di propria autonomia in senso privatistico.

Per ogni tipo di società a partecipazione pubblica, totalitaria o meno, vale poi l'assunto che, secondo il diritto societario italiano, la persona dell'azionista non assume rilievo nella determinazione del « normotipo » società. La società a partecipazione pubblica, dunque, in quanto persona giuridica privata, opera nella sua autonomia negoziale. Del resto, tale imposizione deve considerarsi assodata, oramai, stante anche il disposto dell'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, mente il quale « Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società pubbliche 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 ». Ne segue che, per ragioni di parità di trattamento tra operatori del mercato, anche la società a partecipazione pubblica, al pari degli altri « privati », deve poter essere protetta, nella propria libertà d'iniziativa economica, secondo l'enunciato dell'art. 41 della Costituzione.

Del resto, alle medesime conclusioni si giungerebbe riprendendo la nozione di « impresa » (43), che è integrata, al medesimo modo, sia ove l'attività economica sia esercitata da soggetti pubblici sia ove sia esercitata da soggetti privati. Infatti, la letteratura giuridica individua, come caratteristica essenziale dell'impresa, la professionalità, l'organizzazione, l'economicità (44) e la funzione volta alla produzione o allo scambio di beni e di servizi. Tutti requisiti presenti anche se l'impresa sia soggetta all'influenza pubblica, ove si tratti di un soggetto dell'ordinamento che produce beni e servizi all'interno di un mercato (non privilegiato, ma) concorrenziale. Infatti, già la Commissione Ferri, nel progetto di legge sullo Statuto dell'impresa del 1983, affermava che « Le attività economiche ... sono organizzate secondo criteri di economicità anche se sono esercitate dallo Stato o da altri enti pubblici o da società a partecipazione pubblica...fuori dei casi consentiti dall'art. 43 della Costituzione le imprese pubbliche o a partecipazione pubblica agiscono sul mercato in concorrenza con le imprese private ».

Dunque, proprio nella possibilità per gli operatori economici soggetti ad influenza pubblica di agire sul mercato concorrenziale, risiede la loro riconducibilità (in antitesi al modello di cui all'art. 43 della Costituzione) all'art. 41 della Costituzione.

Come si è visto, questo traguardo costituisce un primo passo per ripensare l'ampiezza del significato da attribuirsi alla libertà di iniziativa economica privata costituzionalmente sancita. Se si condivide quanto appena affermato, non stupirà, dunque, che venga invocato il parametro costituzionale per difendere le società a partecipazione pubblica dall'invadenza del legislatore che incida limitandone la libertà di iniziativa privata, anche tramite un modello di razionalità legislativa ispirato ad esigenze di protezione della concorrenza e/o di risparmio della spesa pubblica (45)

Quello che si intende dire, in altre parole, è che l'invocata (anche di recente) nuova «privatizzazione» delle imprese pubbliche in forma societaria non può essere una scelta del legislatore, tanto meno del legislatore statale che incida sulle società a partecipazione locale, appartenendo, invece, alla discrezionalità amministrativa degli enti pubblici che a tali soggetti hanno dato vita. Se infatti le società a partecipazione pubblica godono della protezione fornita dal primo comma dell'art. 41 della Costituzione, una previsione legislativa che riduca la loro iniziativa economica sarebbe costituzionalmente illegittima se mossa al di fuori dei parametri indicati dall'art. 41. Si precisa, a riguardo, che non vale nemmeno invocare, sotto l'egida dell'art. 41 della Costituzione, l'intento del legislatore di proteggere la concorrenza, considerato che, come si è detto, sono moltissimi i soggetti sottoposti all'influenza pubblica che operano sui mercati in condizioni di accesso identiche a quelle delle imprese private e, dunque, sarebbe semmai anche la necessità di mantenere l'assetto concorrenziale ad imporre che non vi siano norme eccezionali che appongano vincoli o gravami per l'attività di impresa di una particolare categoria di operatori economici sol perché sottoposti all'influenza di autorità pubbliche. Sul punto si ritornerà nelle conclusioni di questo scritto.

2.1.2. La libertà d'iniziativa economica privata degli enti pubblici.

Più complicato, invece, intendersi sulla possibilità di estendere la libertà d'iniziativa economica privata anche, direttamente, agli enti pubblici che agiscano utilizzando il diritto privato. Il caso trattato al paragrafo precedente ha riguardato la possibilità di invocare la libertà di iniziativa economica privata in favore delle società a partecipazione pubblica; qui ci si interroga, invece, sulla possibilità di invocare la libertà di iniziativa economica privata in favore degli enti pubblici e, dunque, si centra il cuore del problema.

La questione posta è significativa, in concreto, specialmente se si riflette sul fatto che, come si è accennato, l'attività economica svolta attraverso operatori economici pubblici o influenzati da soggetti pubblici è colpita da un deciso sfavore del legislatore, oltre che della cultura giuridica attuale, che invocano, anche attraverso il principio di sussidiarietà orizzontale, una riduzione dell'intervento pubblico nell'economia (46)

Basti pensare alle disposizioni contenute nel d.l. n. 223/2006 (Decreto Bersani), nella l. n. 244/2007 (Legge finanziaria per il 2008) e nei cosiddetti decreti spending review(47), che, a tutela della concorrenza e nell'obiettivo di ridurre la spesa pubblica, hanno fortemente limitato la possibilità per gli enti pubblici di dare vita a fenomeni associativi istituendo nuovi soggetti giuridici che svolgano attività di impresa.

Come si vedrà di seguito, molte sono le ragioni che spingono a riconoscere un principio opposto a quello che sembra sotteso alla normativa vigente. A partire da una attenta considerazione dei pronunciamenti della Corte costituzionale.

Nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006, che impone un regime di esclusiva per le società c.d. in house providing in favore degli enti partecipanti (esse, cioè, non possono operare sui mercati concorrenziali, essendo titolari di affidamenti diretti), la stessa Corte costituzionale ha ricordato che l'intento del legislatore non è quello di eliminare la possibilità per gli enti pubblici di ricorrere al diritto privato attraverso la costituzione di società o nuovi enti, ma piuttosto quello di separare gli ambiti in cui il soggetto di emanazione pubblica goda di un regime privilegiato da quelli in cui le imprese pubbliche operano alla stregua di operatori economici privati. In questo contesto, la Suprema Corte riconosce che « non è stata negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è stato imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza » (48). Il che equivale ad affermare la libertà d'iniziativa economica degli enti pubblici negli ambiti non coperti da regimi di privilegio o di esclusiva.

Sempre considerando anzitutto la giurisprudenza della Corte costituzionale, la libertà d'iniziativa economica « pubblica » è sottesa pure alla consolidata distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) e attività di impresa di enti pubblici (posta in essere da società che operano sul mercato in condizioni di concorrenza); infatti, la Corte (49), ferma restando la necessità che l'ente pubblico persegua fini pubblici anche qualora decida di impegnarsi, direttamente o tramite una propria società, nell'attività di impresa, distingue nettamente i due casi, ritenendo che, nel secondo, operando sul mercato in condizioni di concorrenza e senza alcun privilegio, il soggetto pubblico o a partecipazione pubblica non possa essere trattato dall'ordinamento giuridico nel medesimo modo. Questo è vero, a maggior ragione, se si considera la sensibilità del legislatore e dei giudici europei, che, a partire dalla neutralità per la soggettività pubblica o privata dell'operatore economico, richiedono che gli Stati membri adottino il medesimo trattamento nei confronti di tutti gli attori del mercato, a prescindere dal loro substrato, pubblico o privato (50). Il che significa, da un lato, evitare che i soggetti pubblici godano di situazioni di vantaggio sugli altri operatori, ma, dall'altro, significa anche che l'impresa partecipata da un ente pubblico, ove agisca in concorrenza

all'interno del mercato unico europeo, deve partecipare a parità di armi, nel rispetto del principio della par condicio concurrentium⁽⁵¹⁾ Fatta questa premessa si capisce perché in dottrina si è sostenuto che l'esercizio dell'attività di impresa da parte di soggetti pubblici, e finanche il perseguimento di scopi lucrativi, appare come una naturale conseguenza dell'applicazione dell'art. 106 del TFUE, secondo cui “Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche (...), alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 18 e da 101 a 109 inclusi” ⁽⁵²⁾

La Corte di giustizia avrà presto occasione di intervenire ancora su questa questione, rispondendo all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato del 30 ottobre scorso ⁽⁵³⁾, con la quale si è chiesto al giudice europeo di chiarire se il diritto europeo osti ad una normativa interna che vieti agli enti pubblici di partecipare alle gare. Il tema giuridico, da affrontare in chiave sovranazionale, riguarda la nozione di operatore economico. Il rinvio si basa sull'orientamento dei giudici comunitari in base al quale è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi in una procedura di gara qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto, « indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno » ⁽⁵⁴⁾. Al di là della fattispecie di causa, che richiederà una valutazione specifica sulla possibilità di partecipare alle gare da parte delle aziende sanitarie, la citata ordinanza riporta una premessa coerente con l'interpretazione che si sta proponendo, perché afferma che gli enti pubblici in generale (e dunque non solo gli enti pubblici economici per i quali la conclusione positiva sarebbe fin scontata), possono esercitare attività economica pur perseguendo finalità di interesse pubblico. Più precisamente, il Consiglio di Stato riprende la regola della « libertà negoziale dei tipi e di neutralità delle forme, nell'esercizio dell'attività economica, che può ritenersi da tempo consolidata nell'esperienza giuridica positiva (di molti) degli Stati membri ». Quel che così valorizzano i giudici amministrativi è la prevalenza della funzione di interesse pubblico sulla soggettività giuridica, pubblica o privata, dell'agente, in un contesto in cui finalità di interesse generale e scopo lucrativo non separano più due mondi tra loro antitetici (il mondo del pubblico da un lato e il mondo privato dall'altro), ma si mischiano in un ordinamento che consente l'attività lucrativa degli enti pubblici e l'attività non lucrativa dei soggetti privati (tra cui, per esempio, le imprese sociali).

Del resto, come si è detto, la nozione di impresa è ampia e si estende ad ogni forma di esercizio di attività imprenditoriale, indipendentemente da fattori quali dimensione, proprietà pubblica o privata, tipo di attività svolta. Ad esempio, sono imprese, per il diritto della concorrenza, anche istituzioni pubbliche, quali gli uffici di collocamento

o i monopoli di Stato, anche se incorporati nell'amministrazione centrale. Rientrano in questa nozione le aziende pubbliche, anche incaricate di un servizio pubblico, come le poste e gli enti territoriali, nella misura in cui essi svolgano un'attività economica organizzata. Così ha chiarito anche la Corte di giustizia europea che, in materia di diritto antitrust, ha affermato: "Si deve precisare, nel contesto del diritto della concorrenza, che la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di finanziamento, e che l'attività di collocamento è un'attività economica" (55). Attività economica è infatti, come abbiamo già detto, qualsiasi attività di produzione di beni e servizi (56). Si potrebbe così aprire la strada ad un'inclusione dell'attività di impresa degli enti pubblici nell'ambito della libertà protetta dall'art. 41, trattandosi, in assenza di regime di deroga o privilegi, di attività sostanzialmente equivalente a quella svolta dai privati. Un'indicazione nel senso della prevalenza del criterio oggettivo di interpretazione dell'art. 41 della Costituzione, con l'estensione della libertà affermata dalla norma anche in favore dell'iniziativa economica, in tutto o in parte, riconducibile ad uno o più soggetti pubblici, potrebbe trarsi pure dal secondo e dal terzo comma dello stesso articolo 41.

Il 2° comma afferma che l'iniziativa economica « Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana ». Il che, di per sé, protegge interessi generali, che rientrano in quello che potremmo definire lo statuto istituzionale delle amministrazioni pubbliche e, dunque, l'iniziativa economica pubblica ben si collocherebbe nel contesto del combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 41.

Il 3° comma, invece, equipara attività economica pubblica e privata, prevedendo che « La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali ». Ciò prova, ancora una volta, che la previsione costituzionale che stiamo esaminando concentra il suo interesse su un aspetto diverso dalla natura pubblica o privata del soggetto che esercita l'attività. Si giungerebbe alla stessa conclusione anche considerando il ruolo che, nell'interpretazione dell'art. 41, assume il principio di eguaglianza, e riconducendo la norma alla "trama del diritto comune e dell'ordine privatistico" (57)

2.2. Gli enti pubblici come imprese ai sensi dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La giurisprudenza europea si è interessata della compatibilità tra natura soggettiva di ente pubblico e attività di impresa anche in occasione dell'interpretazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, interrogandosi sul se gli Stati membri e gli enti pubblici fossero o meno da ricomprendere nell'ambito di applicabilità delle norme a tutela della concorrenza. Tale ambito di applicabilità è stato circoscritto

ratione personae ricorrendo a un termine alquanto vago, reso nella versione inglese della norma del Trattato come undertaking. Diversamente da quanto previsto in altri atti comunitari che hanno specificato la nozione di riferimento (58), nel Trattato il termine undertaking non è stato definito, a fronte di una precisa scelta volta a consentire una maggiore potenziale espansione delle norme poste a tutela della concorrenza (59). Da qui, è subito evidente che le decisioni che hanno riguardato la nozione di undertaking sono particolarmente interessanti perché, concentrandosi su uno degli argomenti più delicati per il mantenimento degli obiettivi dell'Unione, si soffermano, con particolare cura, sui profili sistematici dei concetti presi a riferimento. Il che non è usuale, data la ben nota praticità dell'approccio dei giudici europei.

Il punto dell'indagine della Corte di giustizia a riguardo consiste nel verificare se possano o meno essere vietate, siccome incompatibili con il mercato interno, le pratiche anticoncorrenziali poste in essere, singolarmente o in accordo con altre imprese, da entità qualificate negli ordinamenti di provenienza come enti pubblici. Per affrontare questa tematica, è stato inevitabile verificare preliminarmente che cosa dovesse intendersi per « impresa ».

Una prima definizione, tuttora di grande pregnanza, si ritrova nella nota sentenza Mannesmann della Corte di giustizia (60), là dove l'impresa è stata definita come “una singola organizzazione di elementi personali, tangibili e intangibili, legati a un'entità legale autonoma e volti al perseguimento di una data finalità economica di lungo termine”. Si può cogliere da questa prima approssimazione, l'intento del giudice europeo di ricomprendere ogni entità attiva sui mercati e potenzialmente, dunque, responsabile di comportamenti anticoncorrenziali.

Una volta individuata come impresa una « entità » che svolga attività economica, l'indagine si è spostata sulla possibilità di ritenere o meno possibile che lo Stato e gli enti pubblici assumano i connotati dell'imprenditore.

Una conclusione negativa al quesito si ritrova nel caso Fenin della Grande Sezione (61), in cui però l'indagine della Corte ha riguardato un ambito particolarmente intriso di elementi pubblicistici qual è quello del servizio sanitario nazionale, tipica espressione dell'esercizio della funzione solidaristica (nel senso non lucrativa) dello Stato.

Il caso Fenin, dato il dettaglio con cui la questione di nostro interesse viene ricostruita, rappresenta un buon esempio per riassumere gli approdi concettuali della giurisprudenza europea sul tema appena anticipato.

A partire dall'affermazione, consolidata nella giurisprudenza europea, secondo cui il concetto di impresa comprende, nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento (62), nel caso Fenin

si è escluso che possa essere qualificata come attività economica quella resa dall'ente di gestione del servizio sanitario spagnolo, accusato di abuso di posizione dominante a causa del sistematico ritardo nel pagamento dei propri fornitori. Tale conclusione è dipesa dal fatto che l'acquisto di beni e servizi da parte dell'ente gestore non poteva essere considerata come un'attività economica separabile dal servizio erogato, qualificato come servizio pubblico e non come attività di impresa.

Questa vicenda, al di là delle conclusioni raggiunte per il caso esaminato, è interessante soprattutto per le precisazioni contenute nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro, il quale, anzitutto, ha chiarito che l'analisi della natura di un ente viene effettuata in relazione alla singola attività presa in esame e, dunque, è perfettamente possibile che uno stesso ente venga considerato come impresa per alcune attività, mentre per altre non lo sia (63). Da ciò consegue che non si può escludere che un ente pubblico eserciti attività economica anche ove se ne occupi solo occasionalmente (64). Nell'esaminare la giurisprudenza comunitaria sul tema, dalle conclusioni dell'Avvocato Generale emerge che il dato distintivo per verificare se un'attività, esercitata da un qualunque soggetto, possa essere intesa come attività di impresa, consiste unicamente nell'essere, quell'attività, esercitata per il tramite della partecipazione ad un mercato concorrenziale. Pertanto sono escluse quelle attività che integrino, piuttosto, l'esercizio di una funzione pubblica (65). Nel suo ragionamento, l'Avvocato Generale evidenzia che il profilo più critico per il caso in cui si debbano applicare questi concetti ad un ente pubblico dipende dal fatto che le condizioni di un mercato concorrenziale « sono caratterizzate da un comportamento finalizzato ad un obiettivo di capitalizzazione, in contrapposizione al principio di solidarietà » (66).

Perciò, « ogni qualvolta la Corte affronta la questione se un'attività economica assunta dallo Stato o da un ente statale sia di natura economica, si addentra in un terreno irto di pericoli, dovendo trovare un equilibrio tra la necessità di tutelare una concorrenza non falsata sul mercato comune e il rispetto delle competenze degli Stati membri » (67). Oltre alla casistica della Corte di giustizia distintamente esaminata (68), l'Avvocato Generale si dedica anche ad un esame, espressamente definito di diritto comparato, dal quale emerge che, nelle tradizioni comuni agli Stati membri (69), le giurisdizioni nazionali utilizzano i medesimi parametri della giurisdizione europea per qualificare un soggetto che svolge una determinata attività come impresa: è attività di impresa quella che comporta transazioni commerciali in un settore di mercato in concorrenza con altri soggetti. Di converso, sono di competenza tipicamente pubblica quegli ambiti sottratti, per espressa riserva di legge, alla concorrenza e assoggettati a regimi speciali ispirati a criteri solidaristici.

Ma, quello che più interessa ai nostri fini, è l'affermazione che lo Stato (e gli enti pubblici), seppure non agisca principalmente come operatore di mercato « poiché uno dei suoi compiti precipui consiste nell'attuazione di meccanismi di redistribuzione » (70), può essere qualificato come impresa quando persegue uno scopo di lucro e perciò

« assume due distinti ruoli, a seconda che esso agisca come un operatore di mercato o svolga un'azione politica ispirata alla solidarietà » (71) . Nel caso in cui un ente pubblico opti per comportarsi come operatore di mercato esso non può restare immune alle regole di concorrenza.

Si capisce quindi perché, nel commentare la giurisprudenza comunitaria, la dottrina ha ritenuto di poter sostenere che: « when a public body performs economic activity, it is operating under the same or similar market conditions and according to similar principles as private entities which are subject to the competition rules » (72)

Da questo richiamo alla giurisprudenza europea attorno all'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea si può trarre, in conclusione, un'ulteriore conferma della possibilità di intendere lo Stato e gli enti pubblici come operatori economici.

3. Gli esiti dell'interpretazione prospettata: le implicazioni concrete.

E allora, se gli operatori sottoposti ad influenza pubblica partecipano al mercato in condizioni di parità con gli altri competitori e se la concorrenza è il mezzo per la crescita economica, essi pure contribuiscono al miglioramento dell'efficienza dei fattori produttivi e non si vedono ragioni giuridiche in grado di legittimare un intervento legislativo dello Stato, entro l'ambito della propria competenza esclusiva in tema di concorrenza, che ne limiti l'attività. Piuttosto, la tutela della concorrenza, intesa come dispositivo di azione volto a vigilare contro meccanismi che artificiosamente correggano la parità delle armi nel confronto leale sui mercati di beni e servizi, dovrebbe condurre il legislatore ad abrogare le previsioni normative che, attraverso un'azione vessatoria nei confronti degli operatori pubblici, abbiano l'effetto di alterare i mercati (73) Il diritto europeo, infatti, concentrato appunto sulla tutela della concorrenza, recepisce proprio questo spirito: le norme sovranazionali non contengono previsioni speciali che comprimono l'attività di impresa dei soggetti pubblici, ma si preoccupano di evitare che regimi di privilegio di cui godano enti pubblici o soggetti ad influenza pubblica, possano danneggiare il libero scambio di merci, beni e servizi. Per evitare che ciò accada, si segue la strada della equiparazione (non della differenziazione) tra gli operatori economici, pubblici o privati nella loro sostanza, che, in quanto giocatori sul medesimo campo, devono sottostare alle medesime regole. Il che, naturalmente, vale anche per le ipotesi in cui si debbano applicare regimi di favore per consentire l'espletamento della missione di pubblico interesse eventualmente affidata ad un'impresa. Missione che giustifica deroghe alla concorrenza, parimenti ove ci si trovi di fronte ad un soggetto pubblico o ad un soggetto privato.

Al livello dell'ordinamento nazionale, un regime di sostanziale equiparazione imporrebbe, per esempio, di equiparare anche il regime giuridico della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e privata, quello

dell'assoggettabilità alle procedure fallimentari, il concetto di lucro soggettivo. Gli esempi, naturalmente, potrebbero moltiplicarsi se si prendesse a riferimento l'intera disciplina prevista dalle norme civilistiche per le società.

Il percorso interpretativo suggerito si presenta armonico con il diritto europeo, oltre che rispettoso delle previsioni costituzionali. Viceversa, “Se il concetto di concorrenza implicasse l'obiettivo di limitare l'iniziativa pubblica in favore dell'iniziativa economica dei privati, esso comporterebbe dunque anche una ‘sorta di tacita riforma’ dell'art. 41 della Costituzione, che renderebbe sussidiaria l'attività economica pubblica” (74)

Infine, se la lettura proposta diventasse parte della razionalità del sistema giuridico, si dovrebbe certamente escludere l'introduzione di deroghe o limiti alla libertà di iniziativa economica privata degli enti pubblici in via giurisprudenziale (simili a quelle introdotte dall'Adunanza Plenaria n. 10/2011) o, più in generale, in via interpretativa. Il che condurrebbe ad un risultato pratico non trascurabile, superando i dubbi espressi dal Consiglio di Stato in ordine alla legittimità della costituzione di soggetti a partecipazione pubblica in assenza di una norma autorizzativa ad hoc. Infatti, 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), nel rispetto dei parametri del doveroso perseguimento dell'interesse pubblico che ne giustificano l'operare e, dunque, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa.

Fonte: Giurisprudenza Commerciale, fasc.6, 2015, pag. 1041

Autori: Elisabetta Codazzi

Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1, c.c.

Sommario: 1. Profili introduttivi. — 2. L'“attività” di direzione e coordinamento e i suoi presupposti applicativi. — 3. Gli spunti legislativi invocati dalla dottrina per escludere la soggezione dell'ente pubblico alla disciplina sulla direzione e coordinamento. — 4. (segue): osservazioni critiche. — 5. (segue): le ragioni a favore di un'interpretazione restrittiva dell'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009 e in particolare quelle derivanti dal diritto comunitario. — 6. Le considerazioni derivanti dall'art. 4, comma 13, d.l. 95/2012, quale norma di c.d. “chiusura del sistema”. — 7. L'applicabilità della responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., nella prospettiva dei soggetti danneggiati dalla direzione dell'ente pubblico. — 8. L'applicabilità della responsabilità ex art. 2497, comma 1, nella prospettiva dell'ente pubblico che dirige e coordina.

1. **Profili introduttivi.** — Tra le molteplici questioni sollevate dall'incerta qualificazione della società a partecipazione pubblica (la cui natura “anfibia”, come noto, ha generato tra gli interpreti la tradizionale contrapposizione tra una visione “privatistica” e una visione “pubblicistica” della stessa (1)), riveste un particolare interesse quella relativa alla possibilità di applicare, ad essa e al socio pubblico che la partecipa, la normativa in materia di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. c.c.).

L'attualità del tema è di immediata evidenza, se solo si considera come il fenomeno dell'ente pubblico territoriale (ad es. Regione, Comune), che detiene partecipazioni di maggioranza o di controllo in società private e le sottopone alla sua direzione, sia tutt'altro che trascurabile nella prassi del nostro ordinamento (2). Basti pensare al proliferare nella nostra economia di società c.d. in house, appunto assoggettate ad una forma di controllo talmente penetrante da parte dell'ente pubblico (il controllo c.d. analogo), da subire una drastica compressione della propria autonomia decisionale e gestoria (3). Se la questione della sottoposizione dell'ente pubblico alla disciplina sulla direzione e coordinamento pare già risolta positivamente dalla giurisprudenza della Corte dei Conti (che in più occasioni, ne ha affermato la responsabilità ai sensi dell'art. 2497 comma 1, c.c. (4)), diversificate sono, invece, le opinioni che emergono nell'ambito del dibattito dottrinale sorto in materia (5) . Come si cercherà di dimostrare nelle seguenti pagine, nessuno degli argomenti utilizzati per sostenere la tesi contraria pare, però, insuperabile e, anzi, una soluzione in tal senso, oltre a risultare sistematicamente incoerente con l'evoluzione dell'ordinamento interno e comunitario (che, invece, imporrebbe di limitare le diversità di trattamento tra società pubbliche e società private), non si giustificherebbe, né dal punto di vista della fattispecie della direzione e coordinamento, né dal punto di vista della ratio sottesa alla relativa normativa, posto che le caratteristiche del fenomeno e i suoi effetti non variano, a seconda della natura, pubblica o privata, del soggetto da cui promana.

In particolare, punto di riferimento imprescindibile nella trattazione del tema in esame pare l'introduzione della norma di interpretazione c.d. autentica di cui all'art. 4, comma 13, d. lgs. n. 95, mediante la quale, come si vedrà, il legislatore sembrerebbe aver confermato l'appartenenza della società a partecipazione pubblica al diritto comune delle società di capitali (cfr. § 6).

2. **L'“attività” di direzione e coordinamento e i suoi presupposti applicativi.** — Al fine di approfondire il tema oggetto del presente scritto, si rende quindi preliminarmente necessario verificare, alla luce del dato normativo, se la fattispecie considerata (ovvero quella dell'ente pubblico che gestisce partecipazioni in una o più società di capitali) possa rientrare nell'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della normativa sulla “direzione e coordinamento”. Sotto il primo profilo, se il generico riferimento ex artt. 2497 ss. a “società” ed “enti” ha posto legittimamente il dubbio della rilevanza di tali disposizioni nei confronti della persona fisica (tema su cui,

comunque, persistono divergenti opinioni interpretative (6)), nessuna preclusione parrebbe invece desumibile dalla lettera della legge nei confronti degli enti pubblici (economici e non economici) (7) . Né indicazioni diverse si trovano nell'art. 10 della legge delega n. 366/2001, che, nel dettare principi e criteri direttivi in materia di “gruppi”, non sembra voler differenziare la disciplina applicabile, a seconda della natura dell'ente che esercita la direzione unitaria (8) . E questo dato è tanto più significativo, se solo si considera che, come chiarito da numerose pronunce della giurisprudenza costituzionale, la legge delega è vincolante per l'interprete (9)

Sotto il profilo oggettivo, la prassi stessa conferma come l'influenza esercitata dall'ente pubblico sulla società partecipata possa essere ricondotta, in molteplici situazioni, alla “direzione e coordinamento”, fattispecie che — come precisa la stessa legge — per essere considerata tale, deve manifestarsi in termini di “attività” (ovvero di potere esercitato sulla società con effettività ed in modo tendenzialmente stabile), non assumendo, invece, rilevanza a tal fine il compimento di sporadici e non significativi atti di ingerenza (10) Più precisamente, ai sensi dell'art. 2497-sexies c.c., l'esercizio della direzione e coordinamento su società si presume, fino a prova contraria, in capo alla società o all'ente “tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359” (11) Se, in linea di principio, tale disposizione può essere senza difficoltà applicata agli enti pubblici (vuoi perché controllano la società partecipata ai sensi dell'art. 2359 c.c., vuoi perché, in quanto enti pubblici economici, sono obbligati a redigere il bilancio consolidato ex art. 25, comma 2, d. lgs. 127/1991), nulla esclude che l'esercizio della direzione e coordinamento da parte di costoro possa desumersi anche al di fuori della presunzione, in base ad una serie di indici fattuali significativi in tal senso (12). Al di là degli indizi che normalmente denotano l'esercizio della direzione unitaria su una o più società (tra cui, in particolare, la sussistenza di direttive impartite in via continuativa alle società sottoposte e dalle stesse regolarmente eseguite, la presenza di c.d. interlocking directorates nell'ambito dei relativi organi amministrativi, ecc. (13)), meritano attenzione sotto questo profilo quelle ulteriori forme di controllo peculiari all'esperienza del diritto pubblico, quali, in particolare, il già citato controllo c.d. analogo, tipicamente configurabile quando l'amministrazione controllante eserciti “un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata” (14) Come specifica la giurisprudenza comunitaria, il controllo c.d. analogo, oltre che “effettivo, strutturale e funzionale”, dovrebbe essere talmente penetrante da risultare incompatibile con “ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma” dall'organo amministrativo (15) . In termini non dissimili, lo stesso Consiglio di Stato ha chiarito come, ai fini dell'in house, sia necessario che, da un lato, il consiglio di amministrazione della società non abbia “rilevanti poteri gestionali” e, dall'altro, che l'ente pubblico controllante sia in grado di esercitare “poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale” (16) Il controllo c.d. analogo, pertanto,

parrebbe rappresentare una delle molteplici manifestazioni della direzione e coordinamento, che si caratterizza appunto per la particolare intensità dell'ingerenza esercitata dal socio pubblico sulla società c.d. in house (17)

Neppure sembra potersi escludere, infine, che la direzione e coordinamento dell'ente pubblico possa trovare fondamento ex art. 2497-septies c.c., in clausole statutarie o contrattuali (che, ad esempio, riservino all'ente pubblico il potere di nomina e di revoca di tutti gli amministratori e sindaci) (18) In definitiva, essendo molteplici le fonti da cui può scaturire la direzione e coordinamento, nonché le modalità attraverso cui essa concretamente può esprimersi nella prassi, pare verosimile ipotizzare che il legislatore abbia inteso subordinare l'applicazione della normativa di cui agli artt. 2497 e ss. all'oggettivo prodursi del fenomeno e dei suoi effetti tipici, rendendo invece secondaria la considerazione di altri aspetti, quali, in particolare, la qualità e la struttura dei soggetti interessati (come, tra l'altro, dimostra la genericità dei termini utilizzati per individuarli) (19) Se, come precisa la stessa Relazione illustrativa, la direzione e coordinamento è da intendere come "fatto", il suo effettivo esercizio dovrebbe essere di per sé sufficiente a produrre le relative conseguenze giuridiche (20) Pertanto, non si vedrebbe per quali ragioni un medesimo fenomeno, che oggettivamente presenta le stesse caratteristiche e produce gli stessi effetti (anche pregiudizievoli) sulla società, dovrebbe ricevere un diverso trattamento a seconda che sia posto in essere da un soggetto pubblico o privato (21). Del resto, come dimostra anche l'esperienza straniera, è proprio nelle società pubbliche che storicamente più si è posto il problema della tutela dei soci esterni sacrificati al pubblico interesse (22)

3. Gli spunti legislativi invocati dalla dottrina per escludere la soggezione dell'ente pubblico alla disciplina sulla direzione e coordinamento. — L'idea di fondo, da cui muove parte della dottrina per escludere la soggezione degli enti pubblici (e, in particolare, degli enti pubblici territoriali) alla disciplina sulla direzione e coordinamento è quella per cui "il mestiere" della holding, avendo in sé un'intrinseca vocazione imprenditoriale, sarebbe precluso a chi agisca in vista di interessi generali (23) . E tale conclusione varrebbe, a maggior ragione, per chi considera l'esercizio dell'attività imprenditoriale necessariamente orientato al perseguimento di uno scopo lucro (24) Questa inidoneità strutturale dell'ente pubblico ad assumere la funzione di capogruppo troverebbe conferma nella stessa legge, ove si intenda il riferimento all'agire nell'"interesse imprenditoriale proprio o altrui" ex art. 2497 comma 1, c.c., come criterio atto, non solo ad individuare i presupposti della relativa azione di responsabilità, ma anche ad identificare le società o gli enti potenzialmente responsabili ai sensi della norma stessa (25) Tale tesi ne uscirebbe rafforzata, secondo tale dottrina, dall'introduzione dell'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009, norma di interpretazione c.d. autentica con cui il legislatore ha chiarito che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497 comma 1, c.c. "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” (26) Detta previsione nascerebbe, infatti, a sua volta, dalla presa d'atto legislativa dell'inidoneità dello Stato (e più in generale di tutti i soggetti che agiscono in vista di interessi collettivi) ad esercitare funzioni di capogruppo, posto che, come si è visto, proprio l'ampia discrezionalità insita in tale posizione potrebbe facilmente portare al compimento di operazioni deliberatamente pregiudizievoli per le società sottoposte (27)

. La partecipazione statale, viceversa, mai potrebbe essere “motivata dal perseguimento di “un interesse economico proprio o altrui” tout court”, né dovrebbe essere “attuata secondo modalità tali da dar luogo allo svolgimento di una attività, prima, d'impresa poi” (28) L'introduzione dell'esenzione di cui all'art. 19, comma 6, non significherebbe, però, rendere immune lo Stato dal rispetto dei principi di corretta gestione nei confronti delle società partecipate, ma semplicemente ritenere che lo stesso sia tenuto a rispondere per eventuali illeciti in base ai comuni principi sulla responsabilità civile (29) Detta disposizione, inoltre, esprimendo un principio di carattere generale (ovvero, quello per cui l'ente è assoggettabile alla normativa sulla direzione e coordinamento solo in quanto sia imprenditore) renderebbe l'esonero dalla disciplina di cui all'art. 2497 comma 1, di applicazione generale e, perciò, riferibile a tutti gli altri enti pubblici (e in particolare a quelli territoriali) che imprenditori non sono (30)

4. (segue): osservazioni critiche. — Rispetto alle opinioni esposte nel precedente paragrafo, nessuna delle quali pienamente convincente, si rendono necessarie alcune precisazioni. Da un lato, non pare che il legislatore attraverso il riferimento all'agire nell'“interesse imprenditoriale proprio o altrui” abbia inteso circoscrivere l'ambito dei soggetti responsabili ai sensi dell'art. 2497 comma 1, in base alle finalità (imprenditoriali o meno) dagli stessi perseguite, così da escludere dalla responsabilità di cui all'art. 2497 comma 1, coloro che abbiano agito in vista di interessi non imprenditoriali (privati o istituzionali che siano) (31) Pare, infatti, che tale locuzione si limiti a ribadire le modalità che tipicamente caratterizzano l'esercizio della direzione e coordinamento, ovvero, da un lato, il perseguimento da parte della società o dell'ente che dirige e coordina di un interesse (“proprio o altrui”) comunque diverso da quello della società diretta e, dall'altro lato, il fatto che i singoli atti (che compongono l'“attività”) rappresentano a loro volta momento di attuazione di una più globale strategia in senso lato imprenditoriale, in quanto volta al tendenziale contemperamento tra i costi e i benefici derivanti dal suo sistematico esercizio (l'“interesse imprenditoriale” appunto) (32) In altri termini, tale clausola dovrebbe essere intesa quale formula riassuntiva con cui si ribadisce (al pari di quanto emerge dal riferimento ai “principi di corretta gestione societaria imprenditoriale”) che l'attività di direzione e coordinamento si muove in una prospettiva, non solo interna all'impresa (quindi sociale), ma anche sovraordinata alla stessa (e quindi imprenditoriale) (33) Ma se anche si ritenesse che la natura imprenditoriale

dell'interesse perseguito sia elemento indefettibile ai fini dell'imputazione ad un soggetto della responsabilità di cui all'art. 2497 comma 1, ciò non rappresenterebbe un ostacolo rispetto all'applicazione della norma agli enti pubblici, data la possibilità che anch'essi esercitino un'attività imprenditoriale (sebbene quella di carattere commerciale sia riservata ex artt. 2093 comma 1, e 2201 c.c., ai soli enti pubblici economici (34)): si pensi, ad esempio, all'ente locale che, tramite la società partecipata, eroga servizi pubblici di rilevanza economica ex art. 113 comma 5, t.u.e.l. (35) Inoltre, come discende da consolidata opinione dottrinale, non vi è alcuna necessaria correlazione tra attività di impresa e perseguimento dello scopo di lucro da parte dell'imprenditore, potendo essere sufficiente, ai fini dell'art. 2082 c.c., il rispetto di un criterio di "obiettiva economicità" (36). Una diversa interpretazione, che, invece, pretendesse di correlare la figura dell'"ente" ex artt. 2497 e ss. al perseguimento di finalità di carattere lucrativo, comporterebbe l'esclusione dall'ambito di applicazione della normativa, non solo degli enti pubblici, ma anche di ulteriori categorie di soggetti (quali, ad esempio, gli enti non profit), che, invece, nella prassi, frequentemente si trovano a rivestire un ruolo di holding (37) Verso tale conclusione parrebbe deporre la stessa lettera dell'art. 19, comma 6, la quale pare chiara nel precisare che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497, comma 1, è da considerare "ente", sia il soggetto che detiene la propria partecipazione nell'esercizio di un'"attività imprenditoriale" in senso proprio, sia il soggetto pubblico, che, invece, la detiene "per finalità di natura economica o finanziaria" (38) Stante tale precisazione, l'importanza del riferimento all'"interesse imprenditoriale" di cui all'art. 2497, comma 1, ne uscirebbe ridimensionata, non potendosi esso considerare, né un requisito necessario della fattispecie direzione e coordinamento, né un elemento costitutivo della relativa responsabilità, la quale sorgerebbe, invece, in presenza della mera violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (39)

5. (segue): le ragioni a favore di un'interpretazione restrittiva dell'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009 e in particolare quelle derivanti dal diritto comunitario. — Al di là dei rilievi svolti nel precedente paragrafo, pare da sottolineare come ulteriori e decisive conferme a favore della tesi qui sostenuta sembrerebbero provenire dall'evoluzione dell'ordinamento comunitario, che, proprio al fine di tutelare il regime di concorrenza tra imprese, nonché la libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, impone una tendenziale equiparazione tra lo statuto della società pubblica e quello della società privata (40) In particolare, decisivo in tal senso è l'impatto della nota giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares, attraverso cui si è, appunto, precisato che l'attribuzione, da parte degli Stati membri, di diritti speciali a favore dei soci pubblici di società privatizzate è ammissibile solo se giustificata da interessi legittimi, nonché in quanto sia necessaria e proporzionata rispetto agli obiettivi generali perseguiti (41) In quest'ottica, il nostro legislatore, come noto, è stato chiamato a rivedere la disciplina di cui agli artt. 2449 e ss., c.c., e tale intervento ha portato, sia all'abrogazione dell'art. 2450 c.c.

(“Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici”), sia alla riformulazione dell'art. 2449 c.c. (“Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici”), la cui precedente versione — consentendo di attribuire in via statutaria al socio pubblico poteri più che proporzionali rispetto alla partecipazione posseduta — è stata considerata idonea a scoraggiare gli investimenti stranieri nel nostro Paese e quindi in contrasto con l'art. 56 del Trattato CE (42)

Significativo in quest'ottica pare, del resto, l'intervento legislativo in materia di c.d. “golden powers” (decreto legge 15 marzo 2012, n. 21), che, nell'attribuire al Governo italiano poteri speciali sugli assetti proprietari e sull'operatività straordinaria di talune imprese operanti nei settori economici strategici, si è astenuto dall'introdurre “congegni di diritto societario a contenuto “singolare” piegati ad esigenze pubblicistiche” (43) Alla luce di tali premesse, sembrerebbe allora difficile sostenere che una soluzione volta ad esonerare l'ente pubblico, che concretamente eserciti un'attività di direzione e coordinamento, dalla responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, come anche dalla restante disciplina, non si ponga in contrasto con i principi del diritto comunitario, sicché, in tale prospettiva, l'art. 19, d.l., n. 78/2009 (introdotto per lo scopo “particolare” di evitare passività per lo Stato nella vicenda Alitalia) sarebbe da intendere quale norma di stretta interpretazione (44) Anzi, proprio tale disposizione (attribuendo un vero e proprio privilegio allo Stato (45)), confermerebbe a contrario la piena riferibilità della responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, a tutti gli enti pubblici non statali e quindi anche agli altri enti territoriali (46).

6. Le considerazioni derivanti dall'art. 4, comma 13, d.l. 95/2012, quale norma di c.d. “chiusura del sistema”. — Come accennato a livello introduttivo, pare che tutti i rilievi sinora effettuati per sostenere la soggezione dell'ente pubblico e della società da esso partecipata alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss., risultino avvalorati dal più generale trend dell'ordinamento, volto a valorizzare quella concezione cd. privatistica dell'istituto, che già il codice civile (come emerge dalla relativa relazione di accompagnamento) mostrava di aver fatto propria (47) Tale tendenza trova, in particolare, il suo punto di emersione nell'art 4, comma 13, del d.l., n. 95/2012 (convertito in legge n. 135/2012), norma con cui il legislatore ha appunto ribadito che “Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali”. Come sottolineano gli stessi atti parlamentari, la disposizione in esame avrebbe, innanzitutto, la funzione di limitare la proliferazione di quelle costruzioni — spesso creative — della giurisprudenza, volte a riqualificare in senso pubblicistico soggetti privati (48) .Ma è sul piano sistematico che l'art. 4, comma 13, acquista una rilevanza decisiva, se solo si considera la valenza di “norma di interpretazione autentica” ovvero di “norma di chiusura del sistema” riconosciuta nell'ambito dei lavori preparatori (49) , nonché dalla stessa giurisprudenza (che, proprio sulla base di tali premesse, ha

ribadito il principio per cui il socio pubblico deve rapportarsi con la società di capitali alla stregua di qualsiasi altro socio privato, essendo intenzione del legislatore “impedire che gli enti pubblici, operanti a mezzo di società di diritto privato, agiscano con una razionalità estranea al mercato”) (50) Pare allora indubitabile che, in mancanza di espressa deroga di legge (come nel caso di cui all'art. 19, d.l. 78/2009), l'idea di aprioristicamente escludere l'assoggettività della società a partecipazione pubblica e dell'ente pubblico partecipante alle disposizioni di cui gli artt. 2497 e ss. si ponga anche in netto contrasto con i principi di cui all'art. 4, comma 13, d.l. 95/2012, che, invece, imporrebbero l'integrale applicazione delle disposizioni codicistiche sulle società di capitali (51)

Le conclusioni raggiunte trovano, del resto, significativo riscontro nelle proposte di recente presentate da giovani studiosi del diritto amministrativo nell'ambito del “Manifesto per una riforma di sistema delle società pubbliche”, ove, appunto, si sottolinea l'esigenza di dare “piena attuazione” al principio codificato dall'art. 4, comma 13, d.l. 95/2012, secondo cui “tutte le disposizioni di carattere speciale si interpretano nel senso che al di fuori di quanto espressamente stabilito, si applica la disciplina del codice civile sulle società di capitali” (punto 9) (52)

Da tali premesse discende, perciò, che “ogniquale volta gli enti pubblici decidano di perseguire i loro obiettivi (di interesse generale) attraverso l'istituzione o la partecipazione al capitale di società commerciali, essi debbono prendere atto che il regime della società e quello della sua attività non possono che essere quelli delineati dal codice civile (punto 11) (53), e che, di conseguenza, anche per le responsabilità dei soci pubblici “deve essere tenuto fermo il regime del codice civile” (punto 13) (54)

7. L'applicabilità della responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., nella prospettiva dei soggetti danneggiati dalla direzione dell'ente pubblico. — Oltre ai vari argomenti sinora esposti, attraverso i quali si è cercato di mettere in luce la debolezza delle letture volte a restringere l'ambito di applicazione degli artt. 2497 ss., c.c., paiono decisive le ricadute negative di tale interpretazione sul piano della tutela dei soggetti interessati (55)

La disciplina in esame prevede, infatti, una serie di strumenti sia di carattere risarcitorio (l'azione ex art. 2497, comma 1, con cui i soci possono far valere il danno “alla redditività e al valore della partecipazione sociale” e i creditori sociali la lesione “all'integrità del patrimonio della società”), che di diversa natura (es. in materia di pubblicità e di motivazione delle decisioni di cui agli artt. 2497-bis e 2497-ter, c.c., o di recesso ai sensi dell'art. 2497-quater), non sempre fungibili con altri rimedi previsti in generale dall'ordinamento.

La nuova norma, in deroga al fondamentale principio di risarcibilità soltanto del danno diretto, ha istituito ex art. 2497 comma 1, una nuova fattispecie di responsabilità, per rendere effettiva, da un lato, la tutela di quei soggetti che, in quanto

indirettamente danneggiati, non potrebbero agire nei confronti dell'ente controllante in base ai comuni rimedi, e, dall'altro lato, l'affermazione della responsabilità per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, destinata a non trovare applicazione se affidata soltanto all'iniziativa della società controllata (Relazione § 13) (56)

Significativo in tal senso è, del resto, il fatto che prima della riforma societaria ben poche siano state le pronunce giurisprudenziali che hanno affermato la responsabilità della holding per gli illeciti compiuti nei confronti delle controllate (57) Del resto, se fosse così agevole per i soci e i creditori della società eterodiretta far valere tramite strumenti generali la lesione dei propri diritti patrimoniali nei confronti del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento, lo scopo protettivo dell'art. 19 comma 6, che si limita ad esonerare lo Stato dall'applicazione dell'art. 2497 comma 1, verrebbe di fatto frustrato e la stessa disposizione perderebbe quindi di significato.

Escludere quindi l'ente pubblico, nonché i soci e i creditori della società da esso diretta e coordinata dall'ambito di applicazione della responsabilità di cui all'art. 2497 comma 1, significherebbe non tenere conto della portata innovativa della norma, che è intervenuta ampliando l'area di responsabilità del soggetto che dirige e coordina, chiamandolo a rispondere anche verso soggetti e posizioni giuridiche, che sarebbero altrimenti irrilevanti (58)

Inoltre, una soluzione volta, da un lato, ad avvantaggiare ingiustificatamente il socio pubblico (esonerandolo dalla responsabilità di cui all'art. 2497 comma 1) e, dall'altro, ad ingiustificatamente penalizzare gli altri soci e i creditori delle società dallo stesso dirette (privandoli degli strumenti di tutela previsti dalla disciplina sulla direzione e coordinamento) finirebbe per contrastare con la stessa volontà del legislatore, che, già in sede di legge delega (ex art. 10, l. 3 ottobre 2001, n. 366), mostrava l'intenzione di introdurre una disciplina di ampia portata, al fine di contemperare l'interesse di gruppo con quello delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime (59)

Né si può ritenere che diverse considerazioni possano valere nel caso di società a partecipazione pubblica, non essendo condivisibile — specie alla luce della rilettura in chiave privatistica dell'istituto imposta, come si è visto, anche dai nuovi sviluppi legislativi — l'idea che, in tale contesto, la causa lucrativa sia in qualche modo attenuata dalla concomitante presenza dell'interesse pubblico (60)

Al contrario, qualora la gestione della società partecipata, oltre a non essere indirizzata verso fini lucrativi, non fosse neppure ispirata ai più basilari principi di economicità, si realizzerebbe un caso emblematico di violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, in presenza della quale si giustificerebbe, per i soci e i creditori pregiudicati, il ricorso all'azione di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. (61)

8. L'applicabilità della responsabilità ex art. 2497, comma 1, nella prospettiva dell'ente pubblico che dirige e coordina. — Da ultimo, la sottrazione della società a partecipazione pubblica dalla disciplina di cui agli artt. 2497 e ss., finirebbe per riflettersi anche sull'ente pubblico che dirige e coordina, privandolo della possibilità di valersi di uno statuto in un certo qual modo “privilegiato”, come dimostra l'art. 2497 comma 1, parte seconda, che esclude la responsabilità da direzione e coordinamento quando il danno è mancante “alla luce del risultato complessivo della direzione e coordinamento” (62) In tale prospettiva, il “privilegio” che si vorrebbe riconoscere al soggetto che esercita un'attività di direzione e coordinamento si tradurrebbe in concreto nella dilatazione dell'ambito temporale ovvero nel contesto “allargato” entro cui è misurato il danno derivante dal compimento di singoli atti pregiudizievoli (63)

Di conseguenza, se si escludesse il socio pubblico dal raggio di applicazione della normativa in esame, si finirebbe per sottoporlo ad una disciplina per alcuni versi meno favorevole rispetto a quella di un soggetto privato che si trovi nella stessa posizione ed eserciti la stessa attività, posto che il singolo atto pregiudizievole, valutato singolarmente e non nel più ampio quadro dell' “attività”, verrebbe immediatamente sanzionato anziché temperato alla luce del “risultato complessivo” della direzione e coordinamento (64)

È necessario, infine, precisare come neppure sia decisiva, al fine di smentire la conclusione raggiunta, la preoccupazione espressa da taluni che l'imputazione nei confronti dell'ente pubblico di una responsabilità (illimitata) per danni cagionati ad azionisti e creditori della società partecipata possa determinare un possibile contrasto con il principio di prevedibilità della spesa pubblica di cui all'art. 81 Cost. (65)

A parte il fatto che tale posizione evidentemente parte dall'idea (come si è visto tutt'altro che pacifica) per cui l'inapplicabilità dell'art. 2497 si tradurrebbe in una totale immunità da responsabilità risarcitorie, va detto, in primo luogo, che, fermo restando il generale divieto di estendere all'ente pubblico le posizioni debitorie della società partecipata, come proprio il giudice contabile ha chiarito, le sole eccezioni a tale regola sarebbero le responsabilità previste dal codice civile, tra cui, appunto, quella di cui all'art. 2497, comma 1 (66)

Inoltre, proprio le esigenze di tutela della contabilità pubblica parrebbero giustificare la sottoposizione del socio pubblico alla responsabilità ex art. 2497, comma 1, essendo tale azione un efficace deterrente al fine di incentivare costui ad agire secondo i canoni della correttezza gestionale e quindi nel pieno rispetto di quei principi di economicità, redditività e di efficienza, che dovrebbero ispirare la conduzione di ogni ente (pubblico o privato, anche di carattere non imprenditoriale) e che, d'altra parte, come già notato dalla più attenta dottrina amministrativistica, sono funzionali all'attuazione di quel (super) principio di economicità dell'azione amministrativa, oggi espressamente codificato dall'art. 97, co. 1, Cost. (“Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con

l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”) (67)

Insomma, sarebbero proprio i principi fondamentali della contabilità pubblica a reclamare che le partecipazioni pubbliche in società di capitali vengano dirette dall'ente pubblico, in conformità alla loro natura di impresa lucrativa, alla produzione di ricchezza, così da contribuire (grazie ai dividendi) ad assicurare “l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”.

LE SOCIETÀ IN HOUSE: DISCIPLINA NORMATIVA, NATURA GIURIDICA E CRISI D'IMPRESA

di Alceste Santuari(*)

Le società cc.dd. in house in larga parte frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea di giustizia, hanno trovato "diritto di cittadinanza" nelle Direttive UE del 2014 in materia di appalti e concessioni, nonché, per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, nel D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) e nel D.Lgs. n. 175/2016 (T.U. sulle società a partecipazione pubblica). In particolare, quest'ultimo provvedimento normativo ha contribuito a fare maggiore chiarezza in ordine alla natura giuridica di questa tipologia speciale di società e alla disciplina (civilistica) ad esse applicabile, anche con riferimento alla loro fallibilità.

Sommario: L'in house providing nella disciplina comunitaria - L'in house providing nell'ordinamento giuridico italiano - La difficile qualificazione giuridica della società in house - La fallibilità delle società in mano pubblica - La fallibilità delle società in house tra elaborazione giurisprudenziale e previsioni normative - Brevi considerazioni finali

L'in house providing nella disciplina comunitaria

Nell'ambito dell'evoluzione dei servizi pubblici, in specie, a rilevanza economica, nel corso degli ultimi decenni, si è registrato un significativo sviluppo del c.d. "in house providing". Si tratta di un modello giuridico ed organizzativo attraverso il quale gli enti locali possono affidare lo svolgimento di servizi rientranti nelle proprie finalità istituzionali a società (di capitali) da essi interamente partecipate e controllate(1). Il modello di affidamento diretto dei servizi di interesse generale a società a totale partecipazione pubblica è apparso per la prima volta nel Libro Bianco sugli appalti pubblici del 1998(2). Successivamente, il modello in parola è stato oggetto dell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE(3). Infine, esso

ha trovato una definitiva positivizzazione nelle Direttive 23 e 24/2014/UE in materia di appalti pubblici e concessioni(4).

Il modello "in house providing" implica che l'amministrazione aggiudicatrice possa derogare alle regole della concorrenza per il mercato decidendo di provvedervi in proprio, avvalendosi di una società esterna, ovvero di un ente soggettivamente separato. Si tratta, dunque, di una specifica modalità di "autoproduzione"(5) di public utilities, la quale sottende una nozione sostanziale di contratto. La sussistenza di tale nozione si concretizza nella circostanza secondo la quale la P.A., al fine di acquisire una prestazione, si rivolge ad una persona giuridica che, ancorché formalmente provvista di autonoma personalità giuridica, risulta essere assoggettata a tali penetranti controlli e ingerenza da parte della P.A. da far considerare la società in house alla stregua di un organismo strumentale e servente dei fini della P.A. committente, proprietaria e controllante. Infatti, affinché il modello in house providing possa considerarsi legittimo occorre che sul soggetto esterno l'ente pubblico / locale eserciti il controllo analogo, ossia come quello esercitato dalla stessa P.A. sui propri servizi(6) e che il medesimo soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente/gli enti che lo controllano.

Quello del controllo analogo è di gran lunga il requisito più controverso e difficile da accertare, nonché il più vagliato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Secondo la giurisprudenza comunitaria il controllo analogo dei soci pubblici sulla società in house costituisce un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo(7). In presenza di tale potere assoluto, l'Amministrazione può prescindere dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. E ciò non già in virtù di apposite clausole di esclusione contenute nelle rispettive normative di settore, ma piuttosto perché si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica(8).

Come già osservato in precedenza, i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo(9) hanno trovato una precisa sistemazione di diritto positivo nella Dir. 2014/24/UE(10). Il Considerando n. 31 e l'art. 12 della Direttiva prevedono che non rientra nell'ambito di applicazione del nuovo corpus di regole per gli appalti un affidamento di servizio tra un'amministrazione aggiudicatrice e una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato nei seguenti casi:

- a) quando la prima eserciti sulla seconda un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) in caso di attività prevalente, che si concretizza allorché oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;

c) se alla società è prevista una partecipazione di capitali privati che tuttavia non comporti controlli, poteri di veto ovvero riserve alla parte privata un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata(11).

Le Direttive del 2014 hanno, dunque, confermato la piena legittimità del modello in house, considerandolo uno strumento alternativo alla procedura ad evidenza pubblica(12).

L'in house providing nell'ordinamento giuridico italiano

L'elaborazione giurisprudenziale maturata in sede comunitaria ha necessariamente influito anche sulla ricostruzione degli elementi caratteristici delle società in house nell'ordinamento giuridico nazionale(13). Le società in parola sono state considerate quali derivazione ovvero longa manus dell'ente pubblico affidante, qualificazione che integra un modello di organizzazione interno (delegazione interorganica)(14) e che, pertanto, "sfugge" al principio generale dell'evidenza pubblica(15). Dell'elaborazione giurisprudenziale nazionale, in questa sede, tre sono i profili caratterizzanti il modello in house che si intendono segnalare. Il primo profilo riguarda il "valore gerarchico" - per così dire - del modello in house. L'equiparazione dello stesso agli altri modelli contrattuali utilizzabili dalla P.A. per l'erogazione dei servizi di interesse generale ha conseguentemente superato il carattere di eccezionalità che spesso è stato collegato alle società in house(16). Il secondo profilo attiene al requisito del c.d. "controllo analogo", ossia il grado di ingerenza, controllo e direzione esercitato dagli enti locali sulla società in house(17). I giudici amministrativi hanno riconosciuto che il requisito in parola, per essere correttamente implementato, deve assicurare a tutti gli enti locali un'effettiva possibilità di prendere parte alle decisioni strategiche della società, così da poterne indirizzare le politiche di intervento(18). Il terzo profilo attiene alla "strumentalità" delle società in house rispetto all'ente locale ovvero agli enti locali in termini di attività svolta a favore degli stessi(19). Richiamando le previsioni contenute nella Dir. 2014/24/UE, anche la giurisprudenza amministrativa e contabile italiana(20) ha evidenziato la necessità che l'attività svolta dagli organismi controllati in via totalitaria debba essere, sia in termini quantitativi sia in termini di esclusività, realizzata a favore degli enti locali dominus(21). Una simile interpretazione di attività prevalente esclude che la società in house possa agire a favore di altre amministrazioni pubbliche che non siano socie della medesima società(22).

Dopo essere stato a lungo oggetto di dibattito dottrinale ed interpretazioni giurisprudenziali, il modello in house providing ha trovato, anche nell'ordinamento giuridico italiano, un proprio riconoscimento di diritto positivo. Rispettivamente, l'art. 193, D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) e l'art. 16, D.Lgs. n. 175/2016 (Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica)(23) identificano le società in house quali organismi strumentali degli enti pubblici(24). Questi ultimi, a seguito di un'attenta valutazione di congruità e di convenienza economico-finanziaria(25), possono dunque affidare l'esercizio di servizi di interesse pubblico(26)

alle società in house. Le disposizioni in parola, integrando i principi comunitari sopra richiamati, stabiliscono che: a) le società in house debbano svolgere oltre l'80% della loro attività a favore dell'ente/degli enti locale/i committenti/soci, b) sulle stesse società la P.A. deve esercitare il controllo analogo, anche congiunto, c) alle stesse società possono partecipare soggetti privati, purché questi non assumano posizioni di controllo ovvero di influenza dominante sulla società(27) e d) anche le società in house sono assoggettate alle ordinarie procedure concorsuali.

La difficile qualificazione giuridica della società in house

Il Codice dei contratti pubblici e il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica hanno indubbiamente contribuito a chiarire le caratteristiche giuridiche ed organizzative delle società partecipate(28) e, quindi, anche delle società in house. I due testi normativi non sembrano comunque in grado di sciogliere tutti i dubbi circa l'esatta configurazione giuridica della società a totale controllo pubblico(29). Tale difficoltà interpretativa deriva dalla sovrapposizione, che spesso si trasforma in contrapposizione, tra il profilo soggettivo delle società in house e la loro mission pubblica. Sotto il profilo soggettivo, infatti, le società in house sono riconducibili alla disposizioni del Libro V c.c.(30). Tuttavia, si tratta pur sempre di società cui è affidato un munus pubblico, ossia strumentale rispetto alle finalità istituzionali degli enti locali soci/committenti il servizio/i servizi, chiamati ad esercitare un costante e penetrante controllo sull'azione e l'andamento delle società in house(31).

Una siffatta "ambivalenza" (finalità pubbliche e soggettività giuridica di diritto privato) implica un doppio regime di responsabilità: accanto alla responsabilità sociale(32), nelle società in house, si registra anche la responsabilità amministrativa per danno all'erario. La responsabilità sociale prevista dalle norme del codice civile è dotata di azioni e rimedi a disposizioni di azionisti e creditori a tutela del patrimonio sociale. Invero, gli amministratori, in genere, rispondono della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Conseguentemente, l'azione di responsabilità nei loro confronti è proposta quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei crediti(33). La responsabilità degli amministratori viene fatta valere mediante il ricorso doveroso del socio pubblico agli strumenti offerti dal diritto societario(34). Tra i soggetti legittimati ad agire nei confronti degli amministratori vi è indubbiamente il socio pubblico, il quale ex art. 2395 c.c., può avanzare richiesta di risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori(35). L'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c., dunque, è lo strumento previsto dall'ordinamento per la tutela sia dell'interesse sociale sia di quello pubblico connesso alla partecipazione. L'azione di responsabilità produce effetti a beneficio dell'intera compagnia sociale, atteso che il risarcimento è riconosciuto a favore della società in quanto tale. In quest'ottica, pertanto, se il socio pubblico detentore della quota sociale necessaria per promuovere l'azione sociale, dovesse promuoverla, si troverebbe, in caso di esito positivo dell'azione in parola, ad avvantaggiare l'intera società. Una simile circostanza

ex se deporrebbe a favore della riconduzione unitaria delle società in house al modello privatistico disciplinato dalla riforma del diritto societario(36). Una diversa soluzione, che, al contrario, portasse a disconoscere completamente la società in house di autonomia decisionale, se non addirittura giuridica propria, sarebbe in contrasto non soltanto con le disposizioni del D.Lgs. n. 175/2016, ma anche con i principi generali del diritto societario(37).

Tuttavia, come già ricordato, questa impostazione non può essere accettata fino in fondo, poiché le società in house, in ragione delle specifiche finalità perseguite e della qualità pubblicistica del/dei socio/i, sono assoggettate anche alla responsabilità erariale. Quest'ultima può sorgere in relazione con riguardo a diverse fattispecie di danno, quali, ad esempio, il danno patrimoniale diretto, il danno patrimoniale indiretto, il danno patrimoniale al patrimonio della società partecipata pubblica, il danno patrimoniale alla quota di patrimonio pubblico dell'ente partecipante, il danno conseguente al mancato esercizio dell'azione di responsabilità sociale da parte dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione. Infine, si potrebbe registrare un danno non patrimoniale ovvero il danno all'immagine della società partecipata pubblica e il danno all'immagine dell'ente pubblico partecipante.

La sovrapponibile compresenza, nell'ambito delle società in house, di due tipologie diverse di responsabilità ha giustificato, talora, il radicamento della giurisdizione della giustizia contabile(38); talaltra, quella del giudice ordinario(39). Il discrimen per valutare la sussistenza della giurisdizione della magistratura contabile rispetto a quella ordinaria sembra essere la funzione pubblica svolta dalle società in house(40). Le società in house(41), dal punto di vista soggettivo, disciplinate dal diritto privato, rivestono contestualmente la natura di "organismi strumentali" delle finalità istituzionali degli enti locali, che le controllano e ne determinano sia la governance sia gli indirizzi strategici(42). Ed è infatti avuto riguardo allo speciale legame intercorrente tra P.A. (dominus) e società (in house) che è possibile reperire la motivazione principale sulla base della quale si radica l'azione del procuratore contabile(43). Quest'ultimo agisce per far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illegittima non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente(44). Siamo, in questo caso, in presenza di un danno erariale, ossia di un danno provocato dall'agente al patrimonio dell'ente pubblico: un rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare di esercitare i propri diritti di socio, che con la propria (in)azione, o omissione di azione di responsabilità o assenza di controllo adeguato pregiudichi il valore della partecipazione (pubblica) nella società in house(45).

La "convivenza" delle due responsabilità, sociale ed erariale, sollecita ad una riflessione in ordine a quale rapporto si deve costruire fra responsabilità amministrativo-contabile e responsabilità civile delle società in house. Si tratta, dunque, di verificare se l'interesse sociale possa sussistere a fronte di un (necessitato) e pervasivo interesse del socio pubblico. L'equilibrio della regola iuris richiede di rendere compatibili tensioni che, prima facie, sembrerebbero incompatibili, segnatamente, interesse sociale ed interesse pubblico. Escludendo una (nociva) radicalizzazione delle differenze fra diritto privato e diritto pubblico, dalla quale deriverebbe solo la conclusione necessaria dell'impossibilità per gli enti pubblici di ricorrere al diritto privato, di concludere contratti, ovvero di avvalersi del diritto societario, una possibile compatibilizzazione risiede nel riconoscere, in via principale, la configurazione di una responsabilità civilistica degli amministratori e, soltanto, in via "residuale", una responsabilità censurabile dalla magistratura contabile. Una simile impostazione sembra coerente con il riconoscimento della "sostanza" pubblica della fattispecie giuridica che, tuttavia, non assurge ad elemento fondativo e caratteristico dell'organizzazione societaria. La natura societaria è, in quest'ottica, rispettata, nonostante si registri la mancanza di una netta separazione tra patrimonio della società e patrimonio del socio pubblico di controllo⁽⁴⁶⁾. Le società in house, ancorché interpretabili alla stregua di articolazioni interne della pubblica amministrazione, risultano a pieno titolo assoggettate alle disposizioni del diritto societario generale⁽⁴⁷⁾.

È questa l'opzione normativa esercitata dall'art. 12, D.Lgs. n. 175/2016⁽⁴⁸⁾ che, confermando la natura privata delle società in house, ne ha, inter alia, previsto la fallibilità, alla stregua delle altre forme societarie di cui al codice civile⁽⁴⁹⁾.

La fallibilità delle società in mano pubblica

La particolare "fisionomia" delle società a partecipazione pubblica, in generale, e di quelle a totale controllo pubblico, in particolare, ha finito per influenzare anche il dibattito circa l'assoggettamento delle stesse alle procedure concorsuali. Ci si è chiesto se la specifica finalizzazione pubblica dell'azione delle società partecipate/controllate dall'ente pubblico fosse sufficiente a fondare una deroga alla disciplina fallimentare, che sottopone le società di capitali al fallimento, ricorrendo all'applicazione analogica della regola che esclude per i soggetti pubblici il fallimento ed il concordato preventivo. Dall'art. 1, l.fall., applicabile ai soli enti pubblici, si è dunque fatta discendere l'impossibilità di fallire anche per le società pubbliche intese quali "espressione" della P.A.⁽⁵⁰⁾. La combinazione tra scopi pubblicistici e svolgimento di attività non commerciale ha fatto ritenere che le società pubbliche non dovessero rientrare nel perimetro di applicabilità delle regole societarie riguardanti lo stato di crisi⁽⁵¹⁾. Da una simile impostazione discende l'irrilevanza della soggettività giuridica di diritto privato, che assurge ad elemento secondario rispetto alla pubblicizzazione dei fini. Per contro, la teoria della fallibilità poggia sulla rilevanza della natura giuridica del soggetto che eroga il servizio e sulla modalità di gestione del medesimo.

Al riguardo, in primo luogo, viene in considerazione lo scopo di lucro, tipico delle società, ivi comprese quelle in controllo pubblico. Al riguardo, occorre osservare che già da tempo il lucro non può più essere identificato soltanto con il lucro soggettivo, ma può essere qualificato come la ricerca della massimizzazione del risultato positivo di gestione (tendenziale)(52). In questo senso, dunque, non può revocarsi in dubbio che anche le società in mano pubblica e in controllo pubblico debbano essere guidate dalla ricerca di un equilibrio economico-finanziario, che permetta, in uno con una efficace ed efficiente erogazione dei servizi di interesse generale, anche una remunerazione adeguata del capitale investito dal socio pubblico. In quest'ottica, lo scopo di lucro non è una neutra regola formale, ma disciplina che mira a inderogabilmente permeare le scelte sostanziali di un dato ente. Lo scopo di lucro, pertanto, caratterizza l'intero regime delle società in mano pubblica sia sul piano organizzativo-tipologico sia su quello funzionale(53). Ne discende che l'istituto societario non è neutro rispetto a qualificazioni ed interessi pubblicistici(54), che ben possono trovare sistemazione in forme societarie di diritto comune(55). Queste ultime, proprio in ragione della loro qualificazione giuridica di soggetti privati sono state considerate dalla giurisprudenza assoggettabili alle procedure concorsuali previste dall'ordinamento(56).

L'orientamento secondo cui le società in mano pubblica devono ritenersi assoggettate al fallimento si è progressivamente rafforzato anche grazie ad alcuni interventi normativi di carattere speciale, che hanno permesso di erodere l'originaria esclusione delle società pubbliche dall'applicabilità delle procedure concorsuali. In termini temporali, deve essere per prima richiamata l'art. 4, L. 20 marzo 1975, n. 70, che ha espressamente previsto che l'istituzione di nuovi enti pubblici può essere soltanto l'esito di un provvedimento normativo(57). In secondo luogo, giova ricordare il D.Lgs. n. 231/2001, che ha stabilito una vera forma di responsabilità "oggettiva" e amministrativa in capo ad imprese e società, a tutti gli enti forniti di personalità giuridica, alle associazioni anche prive di personalità giuridica, agli enti pubblici economici, alle società private concessionarie di un pubblico servizio, nonché alle società miste pubbliche-private(58). La veste giuridica di diritto privato e, conseguentemente, l'applicazione dello statuto della società commerciale giustificano l'adozione del "modello 231" da parte delle società a partecipazione pubblica(59) e, pertanto, non appare (più) giustificare l'esonero delle stesse dalle procedure concorsuali. In terzo luogo, deve essere segnalato l'art. 4, comma 13, D.L. n. 95/2012, disposizione di carattere generale(60), che è intervenuta ad escludere le "entificazione" pubblica delle società in mano della P.A.(61). Una simile esclusione, statuita in forma di c.d. "interpretazione autentica", conduce a ritenere le società a partecipazione pubblica del tutto assoggettata al diritto comune privatistico(62). Ne consegue che le deroghe alla disciplina privatistica non possono essere ricostruite in via sistematica e, qualora permanessero dei dubbi interpretativi, deve ritenersi prevalente l'indicazione che emerge dalla Relazione al Codice civile in ordine all'applicazione del diritto societario anche alle società partecipate dagli enti pubblici(63).

La fallibilità delle società in house tra elaborazione giurisprudenziale e previsioni normative

Come si è avuto modo di richiamare in precedenza, la configurazione giuridico-organizzativa delle società in house non risulta sempre di immediata comprensione⁽⁶⁴⁾. Esse, in quanto organismi strumentali attraverso i quali gli enti locali perseguono le proprie finalità istituzionali, sono state anche private del riconoscimento di una loro propria autonomia decisionale. In quest'ottica, la società in house è stata considerata una anomalia del panorama societario, intendendo per anomalia il fatto che tale società agisce in "totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale"⁽⁶⁵⁾. Circostanza, questa, che fa ritenere alla Corte di cassazione che la società in house "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"⁽⁶⁶⁾. Il vincolo che lega la società in house al comune/P.A. di riferimento è tale che la S.C. giunge ad affermare che 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".

Questa teoria, che di solito è posta a tutela dei creditori e dei diversi stakeholders, tuttavia, rischia di produrre effetti negativi per gli EE.LL., se si pensa per esempio alla necessità di consolidare i conti, che in ultima analisi spinge le società partecipazione a solidarizzare proprie le posizioni debitorie con l'ente socio. Si tratta quindi di ambiti di spiccata specialità per le società in house, che potrebbero invero far ritenere che vengano meno le principali motivazioni del ricorso alla società di capitali per lo svolgimento di attività di pubblico interesse, consistenti nella separazione tra posizioni debitorie e creditorie tra socio e società e nel realizzare l'erogazione dei servizi secondo una gestione economica garantita attraverso meccanismi di responsabilizzazione di diritto comune. Peraltro, la teoria del "piercing the corporate veil"⁽⁶⁷⁾ ribadita dalla sentenza della Cass. n. 26283/2013 sembra destinata a sgretolarsi di fronte alle Direttive UE in materia di appalti pubblici e concessioni (artt. 17 Dir. 2014/23/UE; art. 12 Dir. 2014/25/UE e art. 28 Dir. 2014/25/UE). Esse, infatti, stabiliscono un significato di controllo analogo più equilibrato e l'apertura del modello in house providing ai soggetti privati, i quali, tuttavia, non possono esercitare alcun potere di direzione, controllo o influenza sulla società. L'apertura del capitale delle società in house alla partecipazione di soggetti privati sembra, pertanto, delineare una necessaria alterità soggettiva tra P.A. controllante e aggiudicatrice e la persona giuridica aggiudicataria e quindi non un'immedesimazione⁽⁶⁸⁾.

Nella logica di prevedere per le società in house il medesimo regime giuridico stabilito per tutte le società di diritto comune, ancorché con qualche distinguo⁽⁶⁹⁾, l'art. 14 del D.Lgs. n. 175/2016, in ossequio ai principi direttivi contenuti nella legge delega⁽⁷⁰⁾,

assoggetta alle procedure concorsuali tutte le società a partecipazione pubblica(71), ivi comprese dunque anche quelle in house providing(72). L'art. 14 del T.U. sulle società partecipate opera una scelta di campo precisa: le società a partecipazione pubblica devono correre i medesimi rischi imprenditoriali delle società "normali"(73) con qualche "indicazione operativa" per il socio pubblico(74). Al fine di evitare che gli enti locali eludano le procedure concorsuali per le società da essi partecipati il comma 5 del medesimo art. 14 prevede che le P.A. socie non possono sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari e aperture di credito, rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, nel caso di società che abbiano fatto registrare per 3 esercizi consecutivi perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite, anche infrannuali(75). Per vero, la fallibilità delle società in house, prevista dal D.Lgs. n. 175/2016, e sulla quale ha insistito anche il Consiglio di Stato in un recente parere(76), rischiava di rimanere in larga parte una mera ipotesi. Infatti, occorre ricordare che l'art. 21, comma 1, D.Lgs. n. 175/2016 stabilisce la possibilità per gli enti pubblici controllanti di accantonare una quota proporzionale alla perdita conseguita. L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Al riguardo, è stato osservato che la previsione in parola, nei casi in cui l'ente locale non intendesse alienare la partecipazione ovvero porre in liquidazione la società, obbligava l'ente controllante a ripianare le perdite, negando in questo modo in "radice la possibilità per le società in house di fallire"(77). Il Consiglio di Stato ha, dunque, raccomandato al Governo di chiarire la portata della disposizione di cui all'art. 21, D.Lgs. n. 175/2016, al fine di stabilire che dall'accantonamento di cui al comma 1 del medesimo articolo non deriva necessariamente un obbligo di ripiano delle perdite conseguite dalla società in house, lasciando, pertanto, la P.A. controllante libera di accettare la fallibilità della società stessa. La raccomandazione di cui al parere del Consiglio di Stato è stata accolta nel D.Lgs. n. 100/2017, il cui art. 14, ha introdotto il comma 3 bis nell'art. 21, D.Lgs. n. 175/2016. La novella in argomento prevede ora che le PP.AA. locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata(78) incaricata dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico(79) con le somme accantonate, nei limiti della quota di partecipazione(80). La nuova formulazione dell'art. 21 contribuisce, forse anche andando oltre l'effettiva intenzione del legislatore, a chiarire il perimetro della fallibilità delle società in house. Nella "dialettica" che definisce i rapporti tra ente pubblico socio e la società controllata, l'ente pubblico si trova nella condizione di non poter procedere ad alcuna ricapitalizzazione o altre operazioni finanziarie finalizzate alla copertura delle perdite, ad eccezione che nei modi stabiliti dall'art. 14, comma 5, D.Lgs. n. 175/2016. Lo stesso ente pubblico, ai sensi e per effetto della disposizione contenuta nell'art. 21, è obbligato comunque ad effettuare degli accantonamenti, i quali soltanto al ricorrere di situazioni eccezionali, potranno essere utilizzati per coprire le perdite di esercizio(81).

Per concludere la disamina delle previsioni riguardanti la fallibilità delle società in house merita una menzione speciale il comma 6 dell'art. 14, che finisce per caricare sugli enti locali soci una responsabilità eccessiva(82). In disparte le riflessioni riguardanti l'eccesso di delega rinvenibile, atteso che trattasi di previsione non rientrante nella legge delega n. 124/2015(83), si potrebbe ritenere che, muovendo dalla considerazione che le società a partecipazione pubblica sono attratte dal diritto societario(84), la sanzione sembrerebbe essere eccessivamente severa nei confronti degli enti locali che si "limitano" ad agire in qualità di "semplici" soci delle società in oggetto. Tuttavia, si potrebbe anche ritenere che il legislatore abbia proprio inteso caricare la posizione di socio di un significato particolare: spetta al socio quel complesso di attività e interventi finalizzati a valutare, verificare, monitorare, correggere e, se del caso, rimuovere, tutti i fatti societari che possono condurre a produrre effettive negativi sulla gestione delle società controllate. Se si pone mente al fatto che, nel caso specifico delle società in house, l'ordinamento giuridico prevede l'impiego di strumenti giuridico-amministrativi, altri ed ulteriori rispetto a quelli invalsi tradizionalmente nelle società commerciali in generale, quali per esempio, il controllo analogo, il legislatore sembra rafforzare la previsione contenuta nel principio espresso nell'art. 97 Cost. In questa prospettiva, agli enti locali è richiesto di esercitare tutti i diritti e doveri collegati alla loro posizione di soci: ad essi spetta, dunque, rapportarsi con la società partecipata, rispettandone da un lato la natura di soggetto giuridico terzo, e, dall'altro, attivando tutte le procedure amministrative idonee ad autorizzare il rappresentante dell'ente locale a prendere parte alle assemblee societarie, con un mandato appropriato per discutere e deliberare sull'andamento gestionale della società interessata(85). Contabilità analitica, budget e valutazione delle performances, strategie societarie, partnership con soggetti pubblici e/o privati, cessione o acquisizione di rami d'azienda, ingresso nei mercati aperti alla concorrenza(86), reperimento di know how e contratti di joint venture diventano temi cruciali con i quali gli enti locali devono confrontarsi nelle vicende gestionali delle società in partecipazione pubblica.

Brevi considerazioni finali

Benché la disposizione contenuta nell'art. 14 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica non introduca - come si è cercato di motivare - una novità assoluta nel panorama delle società in mano pubblica, essa ha il pregio di fare chiarezza su un tema assai dibattuto sia in dottrina sia in giurisprudenza(87). Si può, dunque, affermare che, nonostante la nozione di società in house risulti "stranamente assente proprio nell'art. 14 che disciplina la crisi delle società a partecipazione pubblica"(88), il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica abbia, in modo definitivo e in senso affermativo, chiuso la querelle interpretativa circa la fallibilità delle società in house, considerata anche alla stregua di un meccanismo di interruzione delle gestioni inadeguate(89). Al riconoscimento di questa evenienza, che equipara le società in house a tutte le altre

forme societarie, deve associarsi l'evidente responsabilità che grava in capo agli amministratori locali: essi sono chiamati ad assumere decisioni anche in ordine ad un organismo partecipato del quale, in potenza, potrà essere dichiarato lo stato di fallimento. Al fine di evitare situazioni debitorie tali da condurre al fallimento delle società controllate, nell'ambito dei poteri ad essi riconosciuti, gli enti locali soci sono dunque chiamati a definire strumenti efficaci ed adeguati. In questa prospettiva, come sopra già ricordato, rileva il controllo analogo e il criterio della destinazione prevalente dell'attività che la società in house deve svolgere a favore del/dei dominus(90). Si tratta di due presupposti-guida affinché il soggetto in house non possa "ritenersi terzo rispetto all'amministrazione pubblica controllante, ma deve considerarsi quale strumento operativo proprio dell'ente"(91). Il particolare vincolo di delegazione interorganica intercorrente tra ente locale e società in house non incide, comunque, anzi potremmo dire è neutro, atteso che la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria prevista dal codice civile. Conseguentemente, le società di capitali con partecipazione pubblica non mutano la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggono le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico e gli strumenti utilizzati per regolare il rapporto tra società ed ente locale non possono essere quelli autoritativi di diritto pubblico spendibili nell'organizzazione diretta dell'ente, ma l'ente può avvalersi unicamente degli strumenti propri del diritto societario, da esercitare per il tramite dei membri di nomina pubblica presenti negli organi sociali(92). Da ciò discende che la società in house, alla stregua di una società di diritto privato, pur con tutte le specifiche del caso sopra richiamate, deve prevedere il contemperamento fra tutela dei creditori, garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sociali e civili e necessità di un'efficiente gestione del servizio. E poiché le società di cui trattasi rispondono allo schema privatistico, nonostante siano controllate da enti locali, esse non possono essere sottratte, soprattutto nei casi di mala gestio ovvero di inefficienze gestionali, alle procedure fallimentari(93). E ciò viepiù se si pone mente al fatto che, come ricordato in precedenza, le società in partecipazione e controllo pubblici possono operare anche al di fuori degli ambiti territoriali di pertinenza degli enti locali soci. A questi ultimi, il compito di vigilare e monitorare con molta attenzione l'andamento gestionale delle società, delle quali essi risultano al contempo debitori (per i finanziamenti a loro beneficio) e creditori (per i corrispettivi concordati in sede di contratto di servizio)(94).

(*) IL contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Sui profili istituzionali dell'affidamento in house, si veda Caringella, *L'affidamento in house*, in Garofoli - Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 255 ss.

(2) COM (98) 143 def., 1° marzo 1998, punto 2.1.3, 11, nt. 10. In argomento, si vedano De Pretis, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in Chiti (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2005, 117 ss.; Cornella, *L'in house providing nell'Unione europea, in Italia e nel Regno Unito: una prospettiva comparata*, in *Atti del Convegno "Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale"*, Trento, dicembre 2012, 48; Volpe, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. e app.*, 12, 2008, par. 1; Alberti, *Appalti "in house", concessioni "in house" ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2001, par. 3; Arnould, *Les contrats de concession, de privatisation et de services "in house" au regard des règles communautaires*, in *RFDA*, 2000, n. 4.

(3) Cfr. Corte di Giustizia UE 18 novembre 1999, n. C-107/98, *Teckal v. Comune di Vaiano*. In quella sede, la Corte ha affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente in house non può ritenersi "terzo" rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture. Sul controllo analogo, si veda anche Corte di Giustizia UE, Sez. I, 6 aprile 2006, sent., C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contro Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA*. in part. punto 33 della decisione; Corte di Giustizia UE, Sez. III, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*; Corte di Giustizia UE, Sez. III, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord SpA contro Comune di Cagno e altri*, con nota di Cozzio, *In House: tutti i soci devono poter esercitare un controllo apprezzabile e proporzionato sulla società*, estratto dell'art. del 6 novembre 2012 pubblicato nella rubrica Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, i Servizi e la Concorrenza della rivista *Informator - Rivista giuridico amministrativa per il Trentino Alto Adige - Zeitschrift fue Trentino-Sudtirol uber Recht und Verwaltung*, Torriana, 4, 2012; Corte di Giustizia UE, Sez. V, 19 giugno 2014, n. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal, EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)/Eurest Portugal - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*. Per una ricostruzione degli interventi della Corte di Lussemburgo in tema di affidamenti in house, vedi Cornella, *L'in house providing nel dialogo tra Corte di Giustizia e giudici nazionali*, in Benacchio, Cozzio

(a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 69-93; Fortuna, *L'in house providing tra diritto interno e diritto dell'Unione europea* (nota a margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010), in www.giustamm.it, n. 12-2010 e Fischione G., Fischione F., *Spunti sull'ammissibilità dell'in house orizzontale e sulla non configurabilità dell'in house sottoposta a controllo analogo in parte qua* (a margine di Corte Giust. UE, sentenza 8 maggio 2014, C-15/13), in www.giustamm.it, n. 5-2014.

(4) Dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la Dir. 2004/18/CE e Dir. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, entrambe pubblicate sulla G.U. UE 28 marzo 2014. Le due direttive in parola sono state recepite nell'ordinamento nazionale dalla L. 28 gennaio 2016, n. 11, recante "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture." Il Governo ha attuato la delega di cui alla L. n. 11/2016 con il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante "Codice dei contratti pubblici", così come integrato e modificato dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 e dalla L. 21 giugno 2017, n. 96.

(5) Sul punto, si veda Corte di Giustizia UE 11 gennaio 2005, sent. C-26/03, *Stadt Halle*: "Un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con entità giuridicamente distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono quindi i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici".

(6) Controllo che, tuttavia, non modifica la configurazione giuridica di impronta civilistica delle società in house. Da ultimo, sul tema, è intervenuto il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, par. 1° febbraio 2017, n. 282, con il quale i giudici di Palazzo Spada, intervenendo sulle Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house elaborate dall'ANAC, ha ribadito che il soggetto in house non configura "un tipo societario aggiuntivo" e che, pertanto, le "deroghe al diritto societario" devono concepirsi come "strettamente necessarie alla realizzazione dell'assetto del controllo analogo".

(7) Cfr. sent. 18 novembre 1999, n. C-107/98, Teckal v. Comune di Vaiano, cit. La Corte di Giustizia ha anche confermato la legittimità di un controllo analogo c.d. "congiunto", ossia quello esercitato da più soggetti pubblici che partecipano e controllano la società in house. Cfr. sent. 8 maggio 2014, n. C-15/13 e sentenza 8 dicembre 2016, n. C-553/16.

(8) Nota della Commissione Europea del 26 giugno 2002, richiamata nella sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762.

(9) In dottrina, il ruolo della giurisprudenza europea nel delineare i tratti dell'in house è stato definito "determinante": così Galetta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2007, par. 1.

(10) In argomento, in dottrina, si vedano, tra gli altri, Alberti, *L'in house negli orientamenti della Comunità europea*, in Benacchio - Cozzio (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, Trento, 2008, 119 ss.; Foà, Greco, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti all'interpretazione uniforme*, in www.federalismi.it, 29 luglio 2015; Volpe, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, n. 3-2014; Id., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in www.giustamm.it, n. 9-2015; Ferrari, *Le nuove direttive appalti e la disciplina dell'in house providing*, relazione al Convegno organizzato dall'Università Bocconi maggio 2015, reperibile in www.osservatorioappalti.unitn.it; Cossu, *Le S.R.L. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in Ibba - Malaguti - Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011, 243-277; Cocco, *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte costituzionale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 5 luglio 2013; Caroselli, *L'affidamento diretto tra vincoli comunitari e principio di discrezionalità*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 5 marzo 2013.

(11) Per quanto riguarda il carattere pubblico della partecipazione societaria, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato che a) la partecipazione di un'impresa privata nel capitale di una società in cui partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude la configurazione di quella società come società in house (cfr. sent. 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, in part. punti 50 e 51 della decisione). Sul punto, la stessa Corte, in altre occasioni, ha statuito che non deve essere statutariamente consentito alle società in house l'alienazione a soggetti privati di quote del capitale sociale, anche se solo minoritarie (13 ottobre 2005, n. C-458/03 - Parking Brixen e 10 settembre 2009 n. C-573/07, Sea s.r.l. c. Comune di Ponte Nossa, Servizi Tecnologici Comuni).

(12) Le disposizioni contenute nelle Direttive in materia di appalti e concessioni, infatti, possono rilevare soltanto qualora gli enti pubblici decidano di affidarsi al mercato. Da ciò discende che le Direttive non hanno previsto alcuna imposizione in capo alle pubbliche amministrazioni né di ricorrere al mercato né di "privatizzare le imprese pubbliche". Così, Comunicazione della Commissione, I servizi d'interesse generale in Europa (2001/C 17/04) del 19 gennaio 2001, par. 21.

(13) A siffatta ricostruzione non è estranea la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha contribuito a legittimare il modello "in house providing": cfr. sent. 23 dicembre 2008, n. 439.

(14) T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 dicembre 2011, n. 1823, sent. Numerose sono state le pronunce dei giudici costituzionali, amministrativi e contabili in materia di società in house. Cfr. ex multis, Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325; Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; T.A.R. Liguria, Sez. II, 23 ottobre 2009, n. 2974; T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 14 maggio 2010, n. 1134; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 16 giugno 2010, n. 1882; Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1; Sez. V, 23 settembre 2009, n. 7080; Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854; Sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298; T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 dicembre 2011, n. 1823; T.A.R. Toscana, Sez. I, 10 agosto 2008, n. 377; T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 7 marzo 2012, n. 425; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 19 febbraio 2013, n. 241; T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 2 aprile 2013, n. 458; T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986; T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 12 febbraio 2015, n. 548. Tra i numerosi contributi in dottrina, si segnalano Delia, In house e servizi pubblici locali: breve storia della capitolazione di un modello, in www.giustamm.it, n. 7-2009; Astone, Lo statuto delle società in house, in www.giustamm.it, n. 11-2010; Delia, In house e servizi pubblici locali: cosa resta del modello dopo il vaglio dell'A.G.C.M., in www.giustamm.it, n. 9-2010; Iaione, Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali, Napoli, 2012; Carullo, Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA, 1° febbraio 2015, in www.giustamm.it, n. 2-2015; Volpe, L'affidamento "in house": situazione attuale e proposte per una disciplina specifica, in www.giustamm.it, n. 10-2014; Cintioli, Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici, in Guerrera (a cura di), Le società a partecipazione pubblica, Torino, 2010; Id., Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza, in www.giustamm.it, marzo 2014; Parisio, Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali, in www.giustamm.it, n. 12-2012; Marchetti, Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di comparazione, in Falcon - Marchetti (a cura di), Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive, Padova, 2013, 143-177; Libertini, Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria, in www.federalismi.it, n. 22/2011.

(15) Sul punto, sono intervenuti i giudici contabili che hanno ribadito che "l'ente locale può derogare al principio di carattere generale dell'evidenza pubblica e provvedere in proprio attribuendo il servizio ad altra entità giuridica di diritto pubblico mediante il sistema dell'affidamento diretto in house providing, purché sussista un controllo sull'ente affidatario configurabile come un assoluto potere di direzione e coordinamento e supervisione il modello in house è da considerarsi un "modello organizzativo in cui la p.a. provvede da sé al perseguimento degli scopi pubblici quale manifestazione del potere di auto-organizzazione e del più generale principio comunitario di autonomia istituzionale". Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327.

(16) Sul punto, vedi T.A.R. Lazio, Sez. II ter, 4 febbraio 2011, n. 1077; Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762; T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, Sez. II, 11 giugno 2013, n. 558; Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599; T.A.R. Liguria, Sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120 e T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 17 maggio 2016, n. 691. Nonostante l'equiordinazione del modello in house providing alle altre modalità di affidamento dei servizi di interesse generale, agli enti locali che intendano ricorrere a questa formula gestionale, spetta l'onere di provare la convenienza economica della scelta. Sul punto, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732.

(17) Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 dicembre 2011, n. 1823. I giudici amministrativi veneti hanno evidenziato che per quanto riguarda i profili caratterizzanti il controllo analogo, specifica importanza rivestono le clausole statutarie della società affidataria. Queste debbono contemplare le modalità e gli strumenti attraverso i quali la P.A. può agevolmente svolgere la propria funzione di controllo: svolgimento di servizio nei confronti del socio pubblico; entrate prevalenti se non totali derivanti dallo svolgimento di quel servizio a favore del socio pubblico; presenza di soli soci pubblici nella compagine societaria, benché non sussista un divieto assoluto all'apertura a soggetti privati. In argomento, si veda anche T.R.G.A., Sez. autonoma di Bolzano, 12 settembre 2011, n. 00311. Il potere di ingerenza e di controllo da parte della P.A. controllante/affidante il servizio è stato riconosciuto anche in tema di potere di nomina e revoca degli amministratori delle società in house. Cfr., Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079.

(18) Sul punto, ex multis, T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, 2 maggio 2006, n. 433; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5759; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591; Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365; Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; T.A.R. Molise, Sez. I, n. 423/2012; Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Regione Lombardia, n. 350 del 30 luglio 2012; T.A.R. Toscana, Sez. I, 20 dicembre 2012, n. 2090; T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. II, 23 settembre 2013, n. 780; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, n. 1100/2014; T.A.R. Piemonte, 13 giugno 2014, n. 1069; T.A.R. Abruzzo, Sez.

I, 10 luglio 2014, n. 596; Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894; T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, Sez. II, 23 settembre 2013, n. 780; Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 4 aprile 2014, n. 559; Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079; Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2015, n. 2154; Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660; Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716; Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2015, n. 4510. Da ultimo, si veda Cons. Stato, Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno confermato quanto già statuito in una precedente pronuncia (Sez. V, sent. n. 3554/2017) e disciplinato nell'art. 12, Dir. 2014/24/UE: affinché si possa avere un affidamento in house, "[...]non è necessario che tutti i soci possiedano un proprio rappresentante all'interno del consiglio di amministrazione, ben potendo essere rappresentati congiuntamente, sia pure in posizione di minoranza".

(19) Sul punto, cfr. Cass., Sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, con la quale i giudici della S.C. hanno statuito che la natura "in house providing" della società partecipata da enti pubblici vanifica il dato formale della sua distinta personalità giuridica e giustifica in toto l'assimilazione della stessa società alle articolazioni organiche degli enti pubblici che al suo capitale partecipano in forma totalitaria. Quale conseguenza di questa assimilazione, i giudici di Palazzo Spada (Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643) hanno ritenuto che sussista la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di domanda di annullamento di un avviso pubblico, per la selezione di vari profili professionali, indetto da una società in house. L'approvazione del d. lgs. n. 175/2016 ha introdotto una inversione di tendenza in ordine alla giurisdizione in materia di società a partecipazione pubblica, ribadita, di recente, da Cass., SS.UU., 14 settembre 2017, n. 21299, che ha statuito che, in caso di controversia in ordine alla nomina e successiva revoca di amministratori di società in house, la competenza non spetta al giudice amministrativo, ma al giudice ordinario.

(20) Sulle società in house nell'ambito della Dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, cfr. Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per la Regione Liguria, 15 aprile 2014, n. 24.

(21) Sul punto, si vedano T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. II, 13 febbraio 2006, n. 198 e Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2015, n. 479, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno rimesso alla Corte di giustizia UE alcune questioni sul requisito dell'attività prevalente richiesto per un legittimo affidamento in house. Si aggiunga che per aversi legittimo affidamento in house, prima dell'entrata in vigore delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni del 2014, la giurisprudenza amministrativa riteneva necessario che la società affidataria non prevedesse, nemmeno in minima percentuale, una partecipazione privata al capitale sociale. Cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 4 dicembre 2014, n. 629.

(22) Cfr. Corte di Giustizia UE 8 dicembre 2016, n. C-553/16.

(23) Il D.Lgs. n. 175/2016 è stato parzialmente corretto e integrato ad opera del D.Lgs. n. 100/2017, resosi necessario dopo che, con la a sent. n. 251 del 25 novembre 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale delle norme relative ai servizi pubblici locali e alle società partecipate. Nello specifico, la sentenza è intervenuta sull'art. 18 della L. n. 124/2015 (legge delega "Madia"), statuendo che l'attuazione dei decreti legislativi previsti dalla legge delega di riforma delle P.A. doveva avvenire dopo aver acquisito l'intesa e non soltanto il parere della Conferenza Stato-Regioni. Al fine di evitare letture distorte, che avrebbero potuto ingenerare dubbi "sistemici" sulla portata della sentenza de qua sul complesso e articolato universo delle società in mano pubblica, la medesima Corte costituzionale si è preoccupata di precisare che "le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apportare al fine assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione". Sulla sentenza in oggetto, si vedano Poggi, Boggero, Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un "Titolo V" incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016, in www.federliasm.it, 28 dicembre 2016; Marini, La sentenza n. 251 del 2016 tra intesa legislativa e applicabilità condizionata ai decreti legislativi, in www.giustamm.it, n. 1-2017 e Bifulco, L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale, in www.federalismi.it, 1° febbraio 2017.

(24) Oltre alle specifiche disposizioni concernenti la fallibilità delle società in mano pubblica (cfr. infra), il D.Lgs. n. 175/2016 ha il pregio di avere rafforzato l'apparato di strumenti a disposizione degli enti locali per monitorare e, quindi assicurare, un'efficace azione delle società pubbliche. In quest'ottica, l'art. 6, comma 2 prevede la predisposizione di "programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale" che devono informare i soci, responsabilizzandoli, in merito alla situazione aziendale, nell'ambito della relazione sul governo societario (comma 4) che deve essere predisposta annualmente, a chiusura dell'esercizio, e pubblicata con il bilancio. L'art. 14, comma 2, D.Lgs. n. 175/2016 prevede che se emergono, nei programmi di valutazione del rischio, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo deve adottare senza indugio i provvedimenti necessari per prevenire l'aggravamento della crisi, correggendone gli effettivi ed eliminarne le cause, attraverso un piano di risanamento. La mancata elaborazione di questo programma delinea un profilo di colpa grave sul piano contabile per gli amministratori della società e per i soci pubblici. A ciò si aggiunga che per le società in house la colpa grave scatta anche per i vertici aziendali, per i quali si prospetta altresì una grave responsabilità ai sensi dell'art. 2409 c.c. In argomento, si veda Libertini, I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d. lgs. 175/2016), in www.federalismi.it, 14 dicembre 2016.

(25) L'art. 6 del D.Lgs. n. 100/17 ha novellato l'art. 5 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, facendo cadere l'obbligo per le P.A. di motivazione analitica per fare ricorso allo strumento societario. Nello specifico, gli enti locali non dovranno più dare conto della "possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impiegate" per costituire ovvero partecipare ad una società pubblica. Rimane ferma la necessità per gli enti locali che intendano costituire o partecipare ad una società pubblica di motivare la scelta in relazione al perseguimento delle finalità dell'ente pubblico, evidenziando le ragioni che giustificano l'opzione prescelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. Resta, inoltre, fermo che la motivazione dell'atto "deve dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia e di economicità dell'azione amministrativa".

(26) A riguardo della valutazione che gli enti locali sono chiamati ad operare in ordine alla costituzione di una società in house, la dottrina ha osservato che "è evidente che il giudizio di congruità rappresenta oggi il passaggio più delicato della decisione di utilizzare lo strumento dell'in house, dal momento che dalla sua correttezza o meno possono derivare rilevanti profili di responsabilità in capo all'ente azionista, cui è demandato tale giudizio". Zito, Il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica: per un primo inquadramento sistematico delle novità più rilevanti, in www.giustamm.it, n. 1-2017, 8.

(27) Si tratta di una previsione che sia T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 2 aprile 2013, n. 458 sia T.A.R. Friuli Venezia Giulia, con sentenza del 4 dicembre 2014, n. 629, avevano già confermato. I giudici amministrativi friulani hanno evidenziato il principio generale secondo il quale una società in house non può essere considerata tale se presenta aperture, ancorché minime, alla partecipazione di capitali privati, anche in ossequio alla Dir. 2014/24/UE sugli appalti. Il medesimo orientamento è stato rafforzato da Cons. Stato, Sez. V, sent. 11 settembre 2015, n. 4253: in quell'occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che benché la Dir. 2014/24 aprisse la possibilità di prevedere una società in house con una minima partecipazione di soggetti privati, detta formula non è ammissibile nel nostro ordinamento fino alla ratifica della direttiva (che, ricordiamo, è avvenuta con l'approvazione della l. delega n. 11/2016 e del successivo decreto attuativo n. 50/2016). Preme evidenziare che l'assenza di una qualche forma di controllo in capo ai soggetti privati è avvalorata dall'art. 13 del T.U. che, "in ordine alle modalità previste per assicurare il controllo giudiziario sull'amministrazione della società pubblica, limita ai soli enti pubblici soci la legittimazione a presentare denuncia di gravi irregolarità al Tribunale ordinario ai sensi dell'art. 2409 c.c., anche in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti da

detta disposizione (il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale). Imparato, Il modello della società in house: art. 16 del Testo Unico ed altre disposizioni dell'ordinamento, in Fimmanò - Catricalà (a cura di), *Le Società Pubbliche*, Universitas Mercatorum, Napoli, dicembre 2016, 246.

(28) Ha segnalato la non correttezza di una "generalizzata demonizzazione" delle società in mano pubblica, Raffaele Cantone, Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nella sua audizione presso la Commissione "Bilancio" della Camera dei Deputati dell'11 aprile 2017 sullo "Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

(29) La mancanza di chiarezza circa la nozione di società in house ha fatto ritenere che tra la P.A. committente e la società medesima fosse assente un contratto, ragione questa per la quale nel Codice dei Contratti pubblici ex D.Lgs. n. 163/2006 il modello in house providing non era disciplinato. Bove, La disciplina delle società in house tra le norme del Testo Unico e quelle del Codice dei Contratti Pubblici, in Fimmanò - Catricalà (a cura di), *op. cit.*, 215.

(30) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, sentenza n. 02569/2015 e Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2015, n. 4510, sent. con le quali, avuto riguardo al rapporto di lavoro che si instaura nell'ambito delle società in house, i giudici amministrativi hanno confermato la natura privata delle società in argomento, ancorché investite di una responsabilità pubblica in termini di servizi erogati. Sul punto, si veda la recente sent. n. 113/2017 della Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per l'Emilia-Romagna. Preme ricordare, a questo riguardo, che le responsabilità di indirizzo, controllo e vigilanza in capo al socio pubblico, che già da tempo sono state delineate dal diritto societario, sono contemplate anche in sede amministrativa dal D.Lgs. n. 175/2016. L'art. 12, comma 2, Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica ricomprende nella nozione di "danno erariale" anche il "danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari di potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione".

(31) La Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con la delibera del 22 gennaio 2015, n. 15 ha affermato che il controllo dell'andamento societario di una società in house è demandato alla competenza della Giunta o del consiglio comunale e tale controllo deve essere esercitato in particolare in presenza di perdite d'esercizio. In tema di perdite, la Corte dei Conti (Sez. reg. di controllo per la Campania, deliberazione n. 333 del 26 ottobre 2016) ha segnalato altresì che il ripiano delle stesse in una società in house da parte dell'ente locale (unico) socio deve essere sempre motivato, anche qualora esso serva a ricostituire il capitale minimo della

società controllata. Il nesso di strumentalità che deve caratterizzare l'azione delle società in house ha portato la giurisprudenza contabile (cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione del 6 novembre 2015, n. 387) ad escludere che le stesse, al di fuori del rapporto (prevalente) con il socio/ i soci pubblici di riferimento, non possono esercitare attività sul libero mercato.

(32) Gli amministratori sono soggetti a responsabilità verso la società (art. 2392 c.c.), a responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.) e verso i singoli soci ed i terzi (art. 2395 c.c.).

(33) In argomento, si veda Morgante, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica nel Testo Unico*, in Fimmanò - Catricalà, op. cit., 619 ss.

(34) La scelta a favore del sistema privatistico delle società in controllo pubblico contemplata nell'art. 14 sopra citato pare incoraggiata anche dall'art. 12 del D.Lgs. n. 175/2016, che recita: "1. 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, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.". Sul punto specifico, si era espressa la già richiamata Commissione Speciale del Consiglio di Stato: (punto 11), segnalando che: a) occorre riconoscere, conformemente alla posizione espressa dalla Corte di Cassazione, la legittimazione del procuratore contabile nei soli casi in cui l'ente pubblico abbia subito un "danno diretto" al proprio patrimonio e non anche un "danno indiretto" quale conseguenza mediata del pregiudizio subito alla propria "partecipazione sociale". Quest'ultimo, infatti, risulta assorbito dall'azione di responsabilità civile promossa nei confronti degli organi di amministrazione e controllo innanzi al giudice civile. A questo riguardo, dunque, il Consiglio di Stato proponeva di inserire l'avverbio "direttamente" prima della parola "subito" nell'art. 12, comma 2; b) se il legislatore optasse per assoggettare anche le società in house allo stesso regime di responsabilità previsto per le altre società a partecipazione pubblica sarebbe opportuno indicarlo con la massima chiarezza.

(35) L'azione di responsabilità da parte del socio pubblico è corollario conseguente alla distinta personalità giuridica della società in partecipazione pubblica, alla quale è correlata la piena autonomia patrimoniale della società di diritto privato rispetto al diverso soggetto pubblico quale socio-partecipante. Così, D'Angelo, *Società*

partecipate da pubbliche amministrazioni, azione sociale di responsabilità e "legittimazione surrogatoria" del P.M. contabile, in www.giustamm.it, n. 10-2014, 1.

(36) E ciò in ossequio al principio secondo cui non sono ammesse deviazioni significative dalla normativa generale delle società di capitali. In argomento, si veda Pettiti, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, 22.

(37) Codazzi, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, VIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del diritto commerciale" "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti", Roma, 17-18 febbraio 2017, 17. Si pensi, al riguardo, al pregiudizio che ne deriverebbe alle ragioni sia di quei soci privati che possono aver preso parte alla società, sia degli stessi terzi che, invece, abbiano fatto affidamento sulla natura societaria della fattispecie, atteso che anche le società in house risultano iscritte presso il registro delle imprese come società di capitali. In questo senso, Ibba, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *A.G.E.*, 2015, 211.

(38) Al riguardo, viene in rilievo l'arresto della Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, con il quale la S.C. ha statuito che quando una società partecipata è configurabile quale società in house, si radica la competenza della Corte dei conti in tema di responsabilità degli organi di amministrazione. Dello stesso tenore Corte dei conti, Sez. giur. per la Regione Siciliana, che con sentenza 1 settembre 2015, n. 778, ha confermato che sussiste la giurisdizione contabile per la responsabilità di un consiglio di amministrazione per danni cagionati al patrimonio di una società in house. Si veda anche Cass., Sez. II (civile), 15 gennaio - 14 marzo 2016, n. 4938. Con ord. n. 7293 del 13 aprile 2016, la Corte di cassazione, a sezioni unite, ha ribadito che la giurisdizione della Corte dei conti per quanto attiene all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società partecipata dagli enti locali non si radica qualora tale società non si configuri quale società in house.

(39) Cfr. Cass., SS.UU., 26 marzo 2014, n. 7177, che ha affermato che la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Nel caso di specie,

l'ente locale aveva, all'epoca dei fatti, nulla più dell'ordinario potere codicistico di nominare il Presidente del Consiglio di amministrazione ed il Presidente del Collegio dei Sindaci, restando all'Assemblea (composta dal socio unico o dai soci-enti locali) la nomina degli altri amministratori. Nulla di più, dunque, che ordinari strumenti contrattuali di verifica della esecuzione della convenzione tra Comune e società partecipata, ma nessun meccanismo di ingerenza diretta e puntuale sulla gestione della partecipata da parte dell'Ente partecipante, attraverso suoi dirigenti o funzionari. Pertanto, non sussiste la giurisdizione contabile, in quanto all'epoca della condotta ascritta agli odierni intimati, non esistevano i complessivi requisiti per far ritenere che i danni al patrimonio della società partecipata potessero essere oggetto di azione di responsabilità da parte della Procura Generale della Corte dei Conti. Sembra confermare la coesistenza delle due giurisdizioni, ordinaria e contabile, Cass., SS.UU., 24 marzo 2015, n. 5848, sent.

(40) Sul punto, si veda Cass., SS.UU., 24 ottobre 2014, n. 22609, sent. con la quale la S.C. ha confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la verifica della sussistenza dei requisiti delle società in house, che costituisce il presupposto per l'affermazione della giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio della società, deve compiersi con riguardo alle previsioni contenute nello statuto della società al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita e non a quelle, eventualmente differenti, esistenti al momento in cui risulti proposta la domanda di responsabilità del P.G. presso la Corte dei conti.

(41) La necessità della soggettività di diritto privato delle società in house è stata ribadita da Cass., SS.UU., 1° dicembre 2016, n. 24591, la quale ha statuito che, per quanto attiene le azioni riguardanti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società in house, la competenza è del giudice ordinario. E ciò in ragione del fatto che, per quanto non disposto dal Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, valgono le disposizioni del codice civile o del diritto comune.

(42) La supervisione sulle società pubbliche operata dalla magistratura contabile può essere fatta derivare, in particolar modo, dal principio eurounitario riguardante la tutela dell'integrità finanziaria delle amministrazioni pubbliche. Sul punto, si veda Polito, Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti alla luce del Testo Unico, in Fimmanò - Catricalà, cit., 510.

(43) È questa la posizione ribadita dalla Cass. 21 luglio 2015, n. 15199, sentenza. Qualora, al contrario, non si tratti di società pubbliche per le quali sia rinvenibile una simile strumentalità funzionale, si dovrà escludere l'intervento del giudice contabile. La Procura regionale della Corte dei Conti aveva convenuto in giudizio davanti alla sezione giurisdizionale regionale, l'amministratore delegato di una società in house, le cui partecipazioni sono suddivise tra due comuni soci. Insieme all'amministratore delegato, la Procura ha convenuto anche i sindaci dei due comuni soci, in quanto l'amministratore delegato aveva sottoscritto, su richiesta dei due sindaci, un contratto di sponsorizzazione per una manifestazione sportiva. Si trattava di un contratto che impegnava la società un importo in cambio di prestazioni pubblicitarie che per altri sponsor venivano valutate in misura di gran lunga inferiore. La Sezione regionale della Corte dei Conti ha accertato la sussistenza del danno e ha condannato i due sindaci e l'amministratore delegato al pagamento di una somma di danaro (euro 30.000 ciascuno per i sindaci e euro 140.000 per l'amministratore delegato). I due sindaci hanno adito la Sezione centrale della Corte dei conti e, in via incidentale, hanno fatto sia l'amministratore delegato sia il Procuratore regionale. La Sezione centrale ha confermato la sentenza impugnata ribadendo che sussiste la giurisdizione contabile atteso che l'attività dei sindaci aveva favorito la sponsorizzazione e aveva arrecato danno ai rispettivi comuni. E ciò anche considerando il fatto che le erogazioni disposte dall'amministratore delegato avrebbero dovuto essere qualificate come erogazioni di utili piuttosto che come costi non riferibili alla società. L'amministratore delegato e i due sindaci hanno proposto ricorso per cassazione. Le Sezioni Unite, 27 ottobre 2016, n. 21692, ord. hanno così statuito: a) l'azione di responsabilità promossa dalla Procura della Corte dei conti per il danno diretto, patito da una società per azioni a partecipazione pubblica e addebitato a condotte illecite dei suoi amministratori o dipendenti, non rientra nella giurisdizione contabile, poiché non è configurabile, considerata l'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno diretto di quest'ultimo; b) nel caso di specie, in forza dello statuto, non trattasi di società in house, ma di società operante in un mercato concorrenziale dotata di piena autonomia rispetto ai soci; c) non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico socio (comuni) e l'amministratore delegato della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di mala gestio; d) non sussiste nemmeno un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico socio della società; e) si tratta nel caso di specie di un danno subito da un soggetto privato (rectius: la società) riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci pubblici, ai quali soltanto vanno riferite le rispettive quote di partecipazione. Le Sezioni Unite, alla luce di quanto sopra espresso, confermano che nelle società "a partecipazione pubblica il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla asserita "mala gestio" dei suoi organi sociali non integra il danno erariale in quanto si risolve in un "vulnus" gravante in via diretta esclusivamente sul patrimonio della società stessa, soggetta alle regole di diritto

privato e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci". In altri termini, nei confronti dell'amministratore delegato non è ravvisabile la giurisdizione della Corte dei conti: si dovranno, pertanto, applicare le regole del diritto societario. Diversa è la posizione dei due comuni soci: l'ipotesi di danno erariale si configura nei confronti di quanti, essendone incaricati, non abbiano esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico. Quest'ultimo è chiamato ad indirizzare "correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi". Con relazione a questi non vale la distinzione tra danno diretto e indiretto per l'ente locale, occorrendo far riferimento al danno concretamente imputabile agli enti di cui sono rappresentanti (sul punto, cfr. Cass., SS.UU., 12 ottobre 2011, n. 20941, ord.). I comuni soci, secondo l'ordinanza in parola, svolgono attività di rilevanza pubblica non solo quando in gioco sono i poteri autoritativi o le pubbliche funzioni, ma anche quando si intendono perseguire "finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato". Pertanto, il dato essenziale sulla base del quale si deve intendere radicata la giurisdizione della Corte contabile "è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi" a carico di una P.A. (nel caso di specie: la realizzazione di finalità non corrispondenti a quelle pubbliche della società, caratterizzate da un'illecita sponsorizzazione per la realizzazione degli illeciti commessi dall'amministratore delegato) "e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno". La decisione delle Sezioni Unite trova una conferma di diritto positivo nel combinato disposto degli artt. 12 e 13 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica: in particolare, giova evidenziare che agli enti locali soci, anche di minoranza, l'art. 13, comma 1, in deroga ai limiti minimi di partecipazione ex art. 2409 c.c., è riconosciuto il potere di presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale (civile).

(44) Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, sent.

(45) Cfr. Cass., SS.UU., 5 luglio 2011, n. 1465 (ord.), punto 5.4. Sulla giurisdizione della Corte dei Conti nel caso di danno erariale nelle società in house, si veda Corte dei conti, sez. giurisd. per la Regione Lombardia, sentenza del 9 marzo 2018, n. 49.

(46) Codazzi, Le "nuove" società..., cit., 20.

(47) Cass. SS.UU., 1° dicembre 2016, n. 24591, par. 5. La configurazione delle società in house quali soggetti giuridici di diritto privato si estende anche ai profili relativi al reclutamento del personale, così come recentemente confermato dal Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2017, n. 5074, sent. In quell'occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito, da un lato, che

sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in materia di controversie relative alle procedure di assunzione di personale alle dipendenze delle società in house providing. Dall'altro, la Sezione ha confermato che si radica la giurisdizione della Corte dei Conti soltanto per i profili del danno erariale, escludendo, pertanto, che essa riguardi altri profili dell'agire organizzativo che non siano quelli espressamente disciplinati dal T.U. sulle società a partecipazione pubblica.

(48) Così recita il comma 1: "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, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2". Quest'ultimo prevede quanto segue: "Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione".

(49) Cfr. infra.

(50) In argomento, si veda Ibba, Il falso problema della fallibilità della società a partecipazione pubblica, in Riv. dir. civ., 3/2015, 511.

(51) In proposito, si segnala Cass. 9 ottobre 1993, n. 10008 (in Dir. fall., 2003, II, 915), che ha individuato la ratio della non fallibilità degli enti pubblici nella necessità di riservare in modo esclusivo all'autorità pubblica l'apprezzamento circa l'opportunità di lasciare in vita ovvero di procedere alla soppressione degli enti pubblici che, in misura precipua e con mezzi pubblici, perseguono la realizzazione di interessi generali. Si veda anche Trib. Palermo 8 gennaio 2013, n. 99: in quell'occasione, i giudici hanno escluso la fallibilità della società in mano pubblica in quanto assente la natura di imprenditore commerciale.

(52) Sul punto, per tutti, si rinvia a Santini, Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali, in Riv. dir. civ., 1973, I, pp. 151 ss., in cui l'A. evidenzia l'incapacità dello scopo di lucro di identificare il proprium delle società e a Marasà, Le "società senza scopo di lucro", Milano, 1984.

(53) In argomento, si veda Goisis, Contributo allo studio delle società in mano pubblica. Milano, 2004 e Id. Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo, in Dir. ec., 2013, 41 ss.

(54) Contra, Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, in part. 649 ss.

(55) In dottrina, in argomento, si vedano, tra gli altri, Codazzi, *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2015, XLII - 1 - 2016, 80/I, la quale sostiene come la creazione di modelli societari difformi da quello codicistico possa realizzare una situazione "di disparità tra imprese pubbliche e imprese private, ovvero, tra soci e creditori delle une e delle altre, rilevante, oltre che alla stregua del principio costituzionale di uguaglianza, anche sotto il profilo delle regole in materia di concorrenza[...]" (In senso contrario, vedi D'Attorre, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 2014,5, 499); Fimmanò, *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, 1300 ss. Si aggiunga che l'esenzione dalle procedure concorsuali delle società in mano pubblica pregiudicherebbe sia l'interesse pubblico sia, anche se soltanto in potenza, l'interesse della stessa società. Sul punto, si veda Sorci, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria e il trattamento normativo in caso d'insolvenza*, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 373; Nicotra, *Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici*, in *www.diritto.it*, 12 giugno 2015; Giulietti, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in *www.giustamm.it*, n. 5-2014.

(56) In giurisprudenza, per prima, la Corte di cassazione statuì che è fallibile una società per azioni a partecipazione pubblica, concessionaria di un servizio pubblico (autostrada), atteso che la natura di soggetto di diritto privato non viene meno per il fatto che al capitale sociale della stessa partecipino enti pubblici. a fallibilità delle società (Cass. 10 gennaio 1979, n. 58). Successivamente, anche la Corte costituzionale (Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326) è intervenuta a ribadire che deve considerarsi ente privato e, quindi, assoggettabile alle procedure concorsuali, la società che svolge attività amministrativa in forma privata, la quale, in quanto operatore economico in un mercato, non può, nel caso di specie, in ragione della presunta esclusione dal fallimento, provocare effetti distorsivi sul mercato. Sabino Cassese, che fu redattore di questa sentenza, ha sottolineato (*Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in Marasà (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998) come il trend sopra indicato sia "figlio" dell'appartenenza all'UE, che come è noto guarda con sfavore alla costituzione di diritti esclusivi, speciali o monopoli ed equipara le attività economiche pubbliche e private. Nuovamente, la Corte di Cassazione, in epoca più recente (Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991 e Cass., SS.UU., 27 settembre 2013, n. 2209) ha inteso ribadire che le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento e che si è in presenza di una società di diritto privato anche quando norme o statuti ne limitino l'autonomia negoziale, in

quanto l'attività viene esercitata secondo la disciplina del diritto privato. In altri termini, i giudici di legittimità hanno sottolineato il rapporto funzionale che intercorre tra P.A. e società dalla stessa partecipate/controllate: se e quando l'ente pubblico intende impiegare lo strumento societario per realizzare finalità pubbliche, allora deve essere anche disposto ad assumersene i rischi (imprenditoriali). Come ha avuto modo di ribadire la Corte dei Conti (Corte conti, Sez. contr. Lombardia, parere 27 dicembre 2012, n. 535), se un comune ha scelto di operare alla stregua di un socio di diritto comune, esso deve rapportarsi con la società di capitali alla stregua di qualsiasi socio privato e, conseguentemente, agire con la stessa razionalità economica dei privati, anche qualora l'ente locale sia socio di minoranza. Anche la giurisprudenza amministrativa ha sancito che, nell'ambito delle società pubbliche, si deve distinguere tra le società che svolgono attività di impresa e società che esercitano attività amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122). Soltanto le prime, in linea di principio, sono assoggettate allo statuto dell'imprenditore commerciale, mentre le seconde allo statuto pubblicistico della P.A. (Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574). Ancora sulla fallibilità delle società in controllo pubblico, cfr. Trib. Pescara 14 gennaio 2014, che rileva, come, con riferimento alla scelta di restringere l'applicazione analogica dell'art. 1 fall. ai soggetti esercenti servizi pubblici essenziali, non sembra vi sia un'incompatibilità ontologica fra erogazione di servizi pubblici essenziali e sottoposizione a fallimento in quanto l'esercizio provvisorio dell'impresa ex art. 104 l.fall., può essere visto quale "strumento temporaneo per non interrompere la gestione finché l'ente locale non provveda a nuove modalità di affidamento del servizio, con gara o mediante autoproduzione". Da ultimo, si segnala Corte di Appello dell'Aquila, sentenza 3 novembre 2016, n. 26, nella quale i giudici ribadiscono che tutte le società a partecipazione pubblica, comprese le società a controllo pubblico, le società miste e le società in house sono fallibili e possono accedere al concordato preventivo.

(57) Sulla portata della norma de qua si è espressa la Cass., SS.UU., 22 dicembre 2009, n. 27092, affermando che "pare difficile dubitare che siffatta norma esprima un principio di ordine generale, ove si consideri la molteplicità e la rilevanza degli effetti giuridici potenzialmente implicati nel riconoscimento della natura pubblica di un ente".

(58) Anche il Parere della Commissione speciale del Cons. Stato 21 aprile 2016, n. 968 ha confermato l'estensibilità del "modello 231" alle società partecipate degli enti locali. Il "modello 231" e le previsioni anticorruzione contenute nella L. n. 190/2012 intendono conseguire l'obiettivo comune di combattere la "disorganizzazione" della P.A., intesa quale elemento negativo che incide sulla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sociali e civili ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost. e, in ultima analisi,

non realizza le aspettative dei cittadini-utenti. Da un lato, il D.Lgs. n. 231/2001 punta molto sull'adozione di modelli organizzativi, al fine di prevenire il compimento di reati, in quanto si presume che laddove si programmi e si vigili, la società non sia responsabile. Il D.Lgs. n. 231/2001, dunque, mira ad introdurre una sorta di dialettica fra interesse dell'impresa (il profitto e la libertà imprenditoriale) e l'interesse generale che non compia reati, attraverso la costituzione di organismi ispettivi che sovrintendano ai controlli. Dall'altro, per la prima volta, la L. n. 190/2012 ha delineato un sistema integrato di repressione e prevenzione nel contrasto alla corruzione. In argomento, vedi Giampaolino, Valori etici e strumentazioni giuridiche per la lotta alla corruzione, in www.giustamm.it, n. 5-2014.

(59) Fimmanò, Il fallimento delle "società pubbliche", in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2013, 18. È questo il principio affermato dalla Corte di Cassazione penale (cfr. sent. 10 gennaio 2011, n. 234) relativa ad una società siciliana attiva nello smaltimento dei rifiuti. Muovendo dall'applicabilità del D.Lgs. n. 231/2001 alle società pubbliche concessionarie di servizi pubblici, a giudizio della S.C. la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria ma non sufficiente per l'esonero dalla disciplina in questione; deve necessariamente essere presente anche la condizione dell'assenza di svolgimento di attività economica da parte dell'ente medesimo. Nel caso di specie, lo svolgimento dell'attività economica da parte della società di smaltimento rifiuti, proprio in ragione della sua struttura societaria, evidenzia la presenza di una tale caratteristica. Pertanto, la società d'ambito, costituita nella forma di società per azioni, per espletare secondo criteri di economicità le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti trasferite alla stessa da enti pubblici territoriali, è soggetta al c.d. "modello 231". In argomento, sia consentito il rinvio a Santuari, L'adozione del modello organizzativo idoneo ex d. lgs. n. 231/2001 e l'applicabilità delle norme in materia di anticorruzione nelle organizzazioni che erogano servizi alla persona. Efficienza, efficacia e accountability degli interventi e tutela dei cittadini-utenti, in www.giustamm.it, marzo 2015.

(60) "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". La S.C., (SS.UU., 13 maggio 2013, n. 11417) ha definito l'art. 4, comma 13, D.L. n. 95/2012 quale "norma di chiusura del sistema", da intendere quale espressione "argine" rispetto a prospettive pubblicizzanti.

(61) Dai lavori parlamentari è possibile evincere l'indirizzo impartito "[...]"(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". Cfr. Dossier del Servizio studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, 39.

(62) La disposizione contenuta nell'art. 4, comma 13, D.L. n. 95/2012 è stata ritenuta legittimante la riconduzione di una controversia riguardante una società partecipata alla giurisdizione del giudice ordinario da Cass., SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1237, commentata da Guarna Assunti, Considerazioni sul carattere pubblicistico e privatistico del potere di nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica, in www.giustamm.it, n. 7-2015. Le Sezioni Unite si sono recentemente pronunciate ancora sul tema della giurisdizione in materia di società a partecipazione pubblica, ribadendo che la revoca di un amministratore di nomina pubblica, ai sensi dell'art. 2449 c.c., può essere da questi impugnata presso il giudice ordinario e non presso quello amministrativo, atteso che trattasi di atto "uti socius", non "jure imperii", compiuto dall'ente pubblico "a valle" della scelta di fondo per l'impiego del modello societario, in quanto l'art. 4, comma 13, D.L. n. 95/2012 deve considerarsi "clausola ermeneutica generale in senso privatistico" (Cass., SS.UU., 18 luglio 2017, n. 17705).

(63) Nella relazione ministeriale, n. 998, è detto espressamente che "la disciplina comune della società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente". Nella Relazione si legge ancora che, nei vari casi di partecipazione pubblica a società, "[...]"è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici"; con il che "La disciplina comune delle società per azioni [e con essa lo scopo di lucro, di cui all'art. 2247 c.c.] deve[...]" applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente". Sul punto, autorevole dottrina (Galgano, Il nuovo diritto societario, Padova, 2006, p. 439) ha segnalato che: "Al fenomeno dell'azionariato pubblico[...]" il codice civile non dedica che poche norme, quelle degli artt. 2449-51. Ciò non denota scarsa considerazione legislativa per il fenomeno: ciò denota, tutto all'opposto, un preciso intento degli artefici del codice civile, quello di assoggettare la società in mano pubblica, salvo quanto disposto dalle norme ora citate, alla medesima disciplina applicabile alla società in mano privata."

Contra, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2016, n. 4014, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno dichiarato nulla la clausola di uno statuto di una società mista

pubblico-privato che contemplava il diritto di prelazione a favore dei soci privati in ordine alle azioni possedute dal Comune, poiché una siffatta previsione si traduce nella permanenza ad libitum dei soggetti privati in violazione dell'obbligo di evidenza pubblica. Risulta del tutto evidente che trattasi di una questione che evidenzia la "storica" tensione esistente tra dimensione privatistica della società (rectius: circolazione delle partecipazioni societarie sul mercato) e finalità pubblicistiche perseguite dagli enti locali (rectius: necessità di procedure ad evidenza pubblica).

(64) La giurisprudenza non ha esitato a ripercorrere l'evoluzione del concetto di "in house providing" statuendo che le società a totale controllo pubblico, prima della sentenza Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, per la quale tutte le società pubbliche sono fallibili, "si distaccavano dal "sistema" delle società: esse presentavano un "dna" del tutto diverso e distinto dalle società private, con peculiarità tali da non poter neppure essere considerate parte di un "unicum" societario (al limite della violazione dell'ordine pubblico societario), per acquisire, anche attraverso i nuovi organi inseriti all'interno della governance, come comitati ed assemblee con pareri obbligatori e vincolanti, uno status nuovo di articolazione periferica di un ente pubblico, acquisendo la stessa natura di pubblica amministrazione, pure se con un patrimonio separato". Cfr. App. dell'Aquila 3 novembre 2016, n. 26.

(65) Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, sent.

(66) Questo particolare vincolo che intercorre tra società in house e P.A. controllante/committente ha fatto ritenere che "l'organismo in house rappresenta sotto ogni aspetto un'articolazione in senso sostanziale dell'amministrazione pubblica di riferimento" e costituisce dunque articolazione in senso sostanziale, strumento operativo, quasi organo, della P.A. Da ciò consegue che le società in house (si trattava delle assunzioni di personale) deve essere assoggettata alla giurisdizione del giudice amministrativo. Così, Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, sent.

(67) Sul punto, vedi Galgano, La società e lo schermo della personalità giuridica, in Giur. comm., 1983, I, 5 ss.; Tonello, La dottrina del piercing the veil nell'American Corporate Law, in Contr. e impr., 1998; P. Manes, Il superamento della personalità giuridica. L'esperienza inglese, Padova, 1999; Di Giovanni, "Persona giuridica": storia recente di un concetto, Torino, 2005; Zoppini, Imputazione dell'illecito penale e "responsabilità amministrativa" nella teoria della persona giuridica, in Rivi. Società, 2005; Vescovi, Il fallimento delle società in house al tempo dello squarcio del velo della personalità giuridica, in www.giustamm.it, 21 settembre 2015; Mazzamuto,

Fallibilità o meno delle società in house tra diritto privato e pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (UE), in *Dir. economia* 27, n. 85-3-2014, 550 ss.; Mineo, *La crisi delle società a capitale pubblico. Assoggettabilità delle società cd in house providing alle procedure concorsuali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 16 marzo 2016.

(68) Si veda al riguardo quanto contenuto nell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (G.U. n. 91 del 19 aprile 2016)". Per un approfondimento in tema di società in house, si vedano Fischione, Pasanisi, *Le società in house tra Nuovo Codice dei contratti pubblici e Testo Unico sulle società pubbliche: prime riflessioni*, in www.giustamm.it, 11-2016. Sulla configurazione delle società in house, tuttavia, giova ricordare che l'ordinamento europeo non sempre è stato coerente. Da un lato, infatti, il diritto comunitario ha predicato un'uguaglianza sostanziale tra operatori economici, non ammettendo differenze tra società private e società "pubbliche". Dall'altro, ha riconosciuto il "controllo analogo" quale carattere distintivo dell'in house e quindi quale potere penetrante a disposizione del socio pubblico che partecipa ad una società di diritto privato.

(69) L'art. 12 del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica stabilisce una ulteriore responsabilità in capo agli amministratori della società pubblica rispetto a quelle conseguenti alla tipologia giuridica delle stesse: essi sono chiamati a rispondere anche dell'eventuale danno erariale. Come a dire: le società in house sono sì società di diritto privato, ma contengono alcuni elementi che le differenziano da queste ultime.

(70) L'art. 18, comma 1 della legge delega (n. 124/2015) ha così individuato i principi cui i decreti legislativi dovevano attenersi: i) individuazione della disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa (lett. a); ii) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento (lett. i).

(71) La dottrina attenta al fenomeno delle società pubbliche ha sottolineato che tra "'società a partecipazione pubblica' e 'società in house' sussista, con riferimento

all'intero T.U., un rapporto di genus a species, in forza del quale le seconde rappresentano una peculiare categoria di società a partecipazione pubblica". Così, D'Attorre, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in Fimmanò - Catricalà (a cura di), op. cit., 675. Ne consegue che le previsioni contenute nel T.U. riguardanti le società a partecipazione pubblica devono intendersi riferite anche alle società in house.

(72) Sulla portata dell'art. 14 nell'ordinamento giuridico, in giurisprudenza è stato osservato che esso "detta proprio una disciplina specifica per la crisi di impresa di società a partecipazione pubblica, evidentemente al fine di chiarire i dubbi suscitati dalle contraddittorie decisioni giurisprudenziali" (cfr. App. dell'Aquila 3 novembre 2016, n. 26). In quell'occasione, i giudici hanno altresì affermato che, alla luce del D.Lgs. n. 175/2016, è necessario mutare l'orientamento interpretativo, atteso che nonostante detto provvedimento presenti "alcune zone grigie, in ordine alla fallibilità delle società in house, tuttavia è orientato alla tesi panprivatistica, sicché tutte le società a partecipazione pubblica sono fallibili e possono accedere alle procedure concorsuali". In senso adesivo, si veda il decreto del Trib. Livorno, Sez. fall., 9 marzo 2017, con il quale i giudici hanno ammesso a concordato preventivo una società in house, evidenziando che "l'art. 14 c. del cit. d.lgs. [n. 175/16] esclude espressamente[...] che le perdite possano essere ripianate da parte dell'amministrazione pubblica".

(73) È questo l'orientamento espresso anche dalla S.C. (Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, sent.), la quale ha evidenziato che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità. La Corte di cassazione ha inteso ribadire che ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto: "le società nascono infatti per limitare la responsabilità rispetto ai soci secondo un proprio ordinamento, mentre la organizzazione prescelta per l'attività è appunto il mero riflesso della nascita di un soggetto giuridicamente diverso dai soci e dunque senza che a loro volta le regole di organizzazione di questi valgano in modo diretto a disciplinare il funzionamento e le obbligazioni di quello. Una volta adottato, anche da parte dell'ente pubblico, il blocco-sintagma societario, nella fattispecie della società a responsabilità limitata, la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali (e dunque di

perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico) comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza."

(74) Il comma 1 dell'art. 14 stabilisce che le società partecipate sono soggette al fallimento, al concordato preventivo e ove ricorrano i presupposti anche all'amministrazione straordinaria. Il comma 2 individua gli indicatori di crisi aziendale e i provvedimenti necessari che devono essere adottati senza indugio dei provvedimenti per evitare il peggioramento della crisi, anche attraverso idoneo piano di risanamento. Il comma 3 stabilisce che quando si determini fallimento ecc., la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte del Consiglio di Amministrazione, costituisce "grave irregolarità" ai sensi dell'art. 2409 c.c. Il comma 4 non considera un provvedimento adeguato il ripianamento delle perdite, a meno che sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale nel quale risulti "comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte".

(75) Si prevede tuttavia un'eccezione alla regola: sono ammessi i trasferimenti a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti. Si rinvia ad uno specifico D.P.C.M. in caso di necessità 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.

(76) Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 8 marzo 2017, Numero Affare 00335/2017, avente ad oggetto "Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la semplificazione e la pubblica amministrazione - Schema di decreto legislativo concernente "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

(77) Ibidem.

(78) Il testo normativo si riferisce ai soli enti pubblici locali "partecipanti" e alle società "partecipate", locuzione che, in forza di una interpretazione logico-sistematica, deve considerarsi applicabile anche alle società in house, organismi "partecipati" al 100% dalle PP.AA. Una interpretazione diversa o contraria a questa prospettata comporterebbe l'annullamento degli effetti che il D.Lgs. n. 175/2016 ha inteso

produrre - e di cui si è dato conto nelle pagine precedenti - ossia la fallibilità delle società in house.

(79) Nozione che esclude, quindi, un simile intervento a favore di società che esercitano attività commerciali.

(80) Per vero, il comma 3 bis dell'art. 21, come introdotto dal D.Lgs. n. 100/2017, si preoccupa di richiamare gli enti locali ad accantonare la quota in misura proporzionale alla loro quota di partecipazione nel rispetto dei vincoli posti dall'UE in materia di aiuti di Stato. Cfr. supra parere del Consiglio di Stato.

(81) Al riguardo, il Consiglio di Stato nel parere più volte citato ha ribadito che "la disciplina sull'obbligo di accantonamento è sostanzialmente sterile".

(82) "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".

(83) Sul punto, si veda Ilacqua, Società in house: breve sintesi sulle perplessità della riforma, in www.giustamm.it, giugno 2016.

(84) La configurazione di diritto privato delle società in house è stata recentemente confermata anche in ordine alle modalità di reclutamento del personale: poiché le società in parola non sono assimilabili alla pubblica amministrazione, esse non devono seguire le regole del concorso pubblico, ma quelle contenute in appositi regolamenti che stabiliscono i criteri e le modalità di assunzione del personale. Benché "il tipo di rapporto che lega gli organi di una società in house all'ente pubblico da cui la società promana è, infatti, fin troppo simile a quello che intercorre tra la medesima amministrazione e i propri dipendenti", alle medesime società non può non essere, per gli altri profili, tra cui quello del reclutamento del personale, esteso il "paradigma organizzativo societario". Cass., SS.UU., 27 marzo 2017, n. 7759.

(85) Sulle funzioni svolte dal rappresentante del socio pubblico nelle società partecipate, la Cass. Pen., Sez. VI, 13 maggio 2013, n. 20414, ha ribadito che "il ruolo rivestito dal rappresentante dell'ente pubblico, nell'ambito della società, non si riconnette alla sua veste di pubblico ufficiale in ragione dell'essere presente in assemblea in rappresentanza di un socio, ancorché di maggioranza, di una società per azioni, senza alcun privilegio rispetto agli altri soci".

(86) È questa una novità contemplata dall'art. 4, comma 9 bis, D.Lgs. n. 175/2016, introdotta dal D.Lgs. n. 100/2017, che autorizza le società in partecipazione e controllo pubblico che producono servizi di interesse generale a rete di operare anche al di fuori dagli ambiti territoriali di riferimento degli enti locali soci, purché l'affidamento dei servizi, in essere o nuovi, sia stato assegnato ad esito di procedura ad evidenza pubblica.

(87) In dottrina, in argomento, si rinvia, per tutti, a Gosis, *La natura delle Società a partecipazione pubblica: norme nuove e questioni antiche, relazione tenuta in occasione del Quinto incontro del ciclo "Alla ricerca del filo di Arianna" anno 2014 - TAR Lombardia in Milano, a via Corridoni n. 39. Sulla necessità che gli enti pubblici soci garantiscano, in uno con il requisito del c.d. "controllo analogo", anche un sano equilibrio economico-finanziario, al fine di evitare situazione di fallibilità delle società in house, vedi Corte conti, Sez. regionale di controllo per la Regione Veneto, 20 febbraio 2017, n. 111.*

(88) App. dell'Aquila, cit.

(89) Sottolinea che la scelta del legislatore di sottoporre le società in house a fallimento rappresenta una soluzione "di dubbia tenuta costituzionale e che determina il rischio di perduranti frizione tra l'interesse privatistico dei creditori e l'interesse pubblico alla gestione del pubblico servizio" D'Attorre, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in Fimmanò - Catricalà (a cura di), op. cit., 678.

(90) L'art. 16, comma 3 stabilisce che gli statuti delle società devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. L'art. 10, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 100/2017 ha introdotto l'art. 3 bis all'art. 16, che recita: "La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società."

(91) Cfr. Corte dei conti, Sez. di Controllo per la Lombardia, deliberazione n.10/2008, relazione sulle società partecipate dalle province e dai comuni lombardi.

(92) Cfr. Cass., SS.UU., 15 aprile 2005, n. 7799; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 13 agosto 2002, n. 1446; T.A.R. Veneto, Sez. I, 4 aprile 2002, n. 1234.

(93) La disciplina privatistica che deve informare l'azione delle società in house, finanche nelle sue conseguenze in materia di fallibilità, è stata recentemente oggetto dello scrutinio da parte del T.A.R. di Catanzaro, Sez. II, che, con sent. 21 febbraio 2018, n. 496, ha ribadito che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia risarcitoria proposta dal creditore rimasto insoddisfatto in sede fallimentare di una società in house fallita.

(94) Il tema dei rapporti economico-finanziari tra enti locali soci e società in house è al centro dei dibattiti e delle discussioni riguardanti alcune società partecipate/controllate da Roma Capitale.