

XVI CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"STATO, IMPRESE, MERCATI IN UN MONDO
ALLA RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI"

Roma, 21-22 febbraio 2025

ELISABETTA CODAZZI

PROFESSORESSA ASSOCIATA DI DIRITTO COMMERCIALE UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA

Le responsabilità del socio pubblico oltre lo schermo della società *in house*: alcune considerazioni alla luce di un recente orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le prospettive di analisi. - 3. L'incerta configurazione della società *in house* tra pubblico e privato: la società *in house* come *longa manus* della p.a. e i riflessi sul controllo analogo.- 4. (segue): la società *in house* alla luce della disciplina del TUSP.- 5. La questione (centrale) dello scopo sociale.- 6. I poteri del socio pubblico e le modalità di esercizio del controllo analogo.- 7. L'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle società statali.- 8. Le possibili implicazioni per le società *in house* del descritto orientamento della giurisprudenza CEDU.- 9. Conclusioni.

1. Premessa.

La sfuggente qualificazione della società *in house*, sospesa tra pubblico e privato, ovvero, tra strumentalità rispetto alla p.a. che su di essa esercita il controllo analogo (coerentemente con la sua natura di "unità organizzativa" o "articolazione interna" della stessa, come sostiene una

parte della giurisprudenza¹) e autonomia da questa (come imporrebbe la sua natura di società di capitali), non può che riflettersi sulla disciplina applicabile e- per quanto rileva in questa sede- sulla configurazione dei poteri e delle responsabilità del socio pubblico ².

Il problema della qualificazione della fattispecie è accentuato dall'incertezza che tuttora si riscontra in merito allo scopo della società *in house* e quindi agli obiettivi della gestione sociale (cfr. § 5).

Sebbene numerosi e significativi spunti convincano, come si avrà modo di specificare, che le società partecipate, *in house* comprese, condividano con tutte le altre società (lucrative) il medesimo scopo sociale- non essendo prevista alcuna deroga al riguardo da parte della legge (cfr. § 4) - non è infrequente imbattersi in posizioni giurisprudenziali che, completamente sganciate dal quadro normativo e sistematico di riferimento, pervengono a diverse conclusioni: così, in una recente pronuncia, le Sezioni unite, partendo dal presupposto per cui la società *in house* è una *longa manus* della

¹ Vedi Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093, in www.dejure.it; Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062, *ivi*; T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. I, 15 novembre 2022, n.2535, in *Foro amm.*, 2022, II, 1444.

² Sottolinea come l'approccio legislativo rispetto all'*in house providing* sia caratterizzato da una serie di ambiguità e contraddizioni, B.G. MATTARELLA, *Ambiguità a vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 2023, 1283 ss. Per maggiori approfondimenti sul tema, si rinvia a E. CARUSO, *Per una rilettura funzionale del rapporto in house: riflessi sul controllo analogo*, in *Giur.comm.*, 2024, I, 126 ss.; F. GOISIS, *L' in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023, a cura di R. Villata, 269 ss.; F. FRACCHIA-S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto U.E. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, in AA.VV., *Le società in house*, Napoli, 2020, 5 ss.; C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba- I. Demuro, Bologna, 2018, 191 ss.; F. VESSIA, *Le società in house: profili concorrenziali*, *ivi*, 229 ss.; A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò- a. Catricalà- R. Cantone, vol. I, Napoli, 2020, 229 ss.; M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur.comm.*, 2019, I, 196 ss.; M. DUGATO, *Le società in house*, in *Le imprese a partecipazione pubblica*, a cura di G. Presti- M. Renna, Milano, 2018, 63 ss.; E. CODAZZI, *La società in house, La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, spec. 95 ss.; P. PETTITI, *Gestione e autonomia delle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, spec. 25 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *R.D.S.*, 2012, 199 ss.

p.a. e deve rispettare nella sua attività i principi che informano la correttezza e la legittimità dell'*agere* amministrativo, ne fanno discendere, tra le deroghe alla disciplina comune, anche quella concernente «*la causa contrattuale (non) lucrativa, cambiando nella società in house il contenuto del diritto dei soci rispetto alla società di diritto comune, nel senso che al diritto di partecipare alla distribuzione degli utili si sostituisce il diritto a partecipare alla gestione di quel particolare interesse pubblico al quale è improntata la causa della società speciale*»³.

Pare evidente che una tale ricostruzione, volta a sostenere che l'interesse pubblico può, non solo attenuare lo scopo di lucro, ma, addirittura, sostituirsi ad esso, si presta a giustificare una serie di possibili abusi da parte della p.a., che, in nome di un non meglio specificato interesse di natura pubblica, viene così legittimata ad operare in un'ottica diseconomica e ad usare la società "come fosse cosa propria".

Non a caso, il successo dell'*in house* sembrerebbe legato proprio alla possibilità per il socio pubblico di godere di un duplice vantaggio, ovvero, quello di poter fare un uso strumentale della società *in house* senza perdere il beneficio della responsabilità limitata ⁴.

2. Le prospettive di analisi.

Alla luce di tali premesse, pare che tema cruciale, specie per i suoi risvolti pratici, sia quello dell'individuazione di strumenti atti a scoraggiare

³ Cass.civ., sez.un., 8 luglio 2024, n. 18623, in *dejure.it*.

⁴ Sugli abusi dell'*in house*, vedi in particolare F. FIMMANÒ, *L'abuso di eterodirezione della società pubblica*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò- A. Catricalà- R. Cantone, Napoli, 2020, 33 ss., 37 s.

possibili abusi dello strumento societario da parte del socio pubblico, nonché a sanzionare in modo adeguato le relative condotte⁵.

In tale prospettiva, passaggio significativo è sicuramente rappresentato dall'introduzione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs., n. 175/2016, di seguito "TUSP"), che, come vedremo, da un lato, ha tentato di ricondurre le modalità di esercizio del controllo analogo entro schemi compatibili con il diritto societario e, dall'altro lato, ha assoggettato le partecipate, comprese quelle *in house*, a fallimento e alle procedure concorsuali di cui all'art. 14, comma 1, TUSP (cfr. § 4).

Non meno rilevante in quest'ottica è quell'orientamento della giurisprudenza di merito, che, in modo sempre più convinto, ammette l'estensione agli enti pubblici non statali la responsabilità da direzione e coordinamento di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., con delle interessanti applicazioni in materia di società *in house* ⁶.

Più volte è stato infatti ribadito come, in presenza del controllo analogo, la direzione e coordinamento sia *in re ipsa*, essendo questo esercitato nell'interesse istituzionale dell'ente e non in quello esclusivo della società⁷. In modo altrettanto significativo, si è precisato che la violazione dei principi

⁵ Sottolinea A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Riv. soc.*, 2020, 1065 s., come le società *in house* «se sono affidatarie "fuori mercato", non per questo non operano, a loro volta, sul mercato: spetta, allora, all'interprete domandarsi se la diversa ripartizione dei poteri e dei doveri inerenti alla funzione gestoria prima trattata abbia, o meno, ricadute in punto di regimi di responsabilità e, se sì, quali».

⁶ Tra le più recenti, Trib. Bari, sez. spec. impr., 30 gennaio 2024, in *Foro it.* 2024, 5, I, 1599; Trib. Napoli, sez. spec. impr., 5 ottobre 2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Palermo, sez. spec. impr., 12 luglio 2023, *ivi*; Trib. Torino, sez. spec. impr., 3 febbraio 2022, n. 402, in *Foro it.* 2022, 3, I, 1115; Trib. Napoli, sez. spec. impr., 2 dicembre 2022, in *Soc.*, 685 ss.

⁷ Vedi, Trib. Palermo, sez. spec. impr., 12 luglio 2023, *cit.*; Trib. Palermo, sez. spec. impr., 28 aprile 2021, in *Soc.*, 2021, 807 ss., con commento di F. FIMMANÒ, *Il controllo analogo configura in re ipsa l'attività di direzione e coordinamento sulle "partecipate" pubbliche*; Trib. Napoli, sez. spec. impr., 7 novembre 2019, *ivi*, 2020, 344 ss. Tali pronunce dichiarano di rifarsi all'orientamento della giurisprudenza contabile, secondo cui «il 'controllo analogo' determina l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse istituzionale dell'Ente pubblico e non nell'interesse esclusivo della Società controllata» (cfr. Corte Conti, sez. contr. Piemonte, delibera 19 gennaio 2012, n. 3).

di corretta gestione si configurerebbe ove l'ente pubblico abbia agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, il quale «può individuarsi nell'interesse economicamente rilevante ad assicurare la continuazione della gestione del servizio pubblico, riversando esclusivamente sulla società partecipata i risultati negativi della gestione in perdita, così traendone vantaggio in pregiudizio della stessa»⁸.

Sorge però il dubbio che, in determinate situazioni, in cui è evidente il profondo asservimento della società *in house* a logiche pubblicistiche, la responsabilità da direzione e coordinamento non sia rimedio adeguato al fine di sanzionare gli abusi del socio pubblico, potendo invece risultare più appropriata la responsabilità patrimoniale (stante il ruolo, non dissimile da quello dell'imprenditore occulto, che quest'ultimo verrebbe ad assumere)⁹. Se una tale ipotesi poteva ritenersi sinora una semplice suggestione, spunti in questa direzione provengono da quell'insegnamento della giurisprudenza CEDU, che, al fine di far valere il rispetto di principi fondamentali previsti dalla stessa Convenzione (quali, in particolare, la protezione della proprietà privata di cui all'art. 1, I Protocollo Addizionale, e il diritto ad un equo processo di cui all'art. 6, alla luce dell'interpretazione che ne è data dal diritto vivente¹⁰), riconosce, in presenza di specifici presupposti, che lo Stato sia tenuto a rispondere per gli atti, le omissioni e i debiti di quelle società che sono prive di autonomia istituzionale e operativa rispetto ad esso (cfr. *infra*).

⁸ Trib. Napoli, sez. spec. impr., 7 novembre 2019, cit.

⁹ In tal senso, G. D'ATTORRE, *Crisi delle società pubbliche e strumenti di regolazione*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò- A. Catricalà- R. Cantone, Napoli, 2020, vol. II, 1035 ss., 1065 s. Vedi anche C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato - F. Vessia, Milano, 2017, 17 ss., 24 e 27 ss.

¹⁰ È principio consolidato quello per cui la Convenzione è un "*living instrument*", ovvero un insieme di norme che vivono nell'interpretazione che ne è data dalla Corte EDU (tra le molte in tal senso, Corte eur.dir. uomo, 25 aprile 1978, *Tyrer v. The United Kingdom*: «*The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions*»).

Prima di verificare le possibili implicazioni di tale indirizzo giurisprudenziale per le società *in house*, si rende necessario tentare di ricostruire tale fattispecie alla luce del quadro normativo vigente nonché dei contrapposti orientamenti interpretativi formatisi in merito alla sua natura giuridica e tuttora presenti nel nostro ordinamento, premessa indispensabile al fine di poter definire i poteri e, di conseguenza, le responsabilità del socio pubblico dominante.

3. L'incerta configurazione della società in house tra pubblico e privato: la società in house come longa manus della p.a. e i riflessi sul controllo analogo.

Come noto, l'*in house providing* trova origine nell'ambito della giurisprudenza comunitaria in materia di appalti pubblici, la quale, utilizzando un approccio (cd. funzionale) noto anche ad altri settori, consente alla p.a. di derogare alle procedure ad evidenza pubblica nel caso in cui l'affidamento del servizio avvenga a favore di un soggetto (società o altro ente) che ne costituisce una sua mera articolazione interna, poiché, in questo caso, non vi sarebbe lesione della concorrenza¹¹.

Al fine di rendere la società affidataria priva di quell'autonomia strutturale e funzionale necessaria a giustificare una deroga alla pubblica gara, la stessa giurisprudenza comunitaria ha elaborato una serie di requisiti (la cui

¹¹ Come specifica la Corte di Giustizia UE nel caso cd. *Teckal s.r.l. contro Comune di Aviano*, comunemente considerato il *leading case* in materia (Corte UE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C- 107/98, in <https://eur-lex.europa.eu>), l'amministrazione è dispensata dall'obbligo di gara in tutti quei casi in cui tra essa e la società affidataria vi sia un'unità sostanziale, garantita dalla presenza di specifici presupposti e, precisamente, quando l'ente aggiudicatore «eserciti sulla persona cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano», laddove tale opzione non sarebbe consentita nel caso in cui l'ente pubblico stipuli un contratto per iscritto e a titolo oneroso «con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale». Così, Commissione UE, Costituzione in mora del Governo italiano, 26 giugno 2002, n. C(2002) 2329, par. 35, in www.dirittodeiservizipubblici.it, ove specifica che la p.a. può procedere ad un affidamento diretto del servizio pubblico ove tra essa e l'ente affidatario manchi "un rapporto di terzietà rilevante ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici".

rigidità è stata in parte attenuata da orientamenti successivi, vuoi aprendo entro certi limiti al capitale privato vuoi ammettendo il controllo analogo congiunto), i quali hanno trovato riconoscimento nelle Direttive in materia di appalti e concessioni (2014/24/UE art. 12; 2014/23/UE, art. 17) e nella normativa interna di attuazione¹².

Alla luce di tali premesse, si spiega la diffusa concezione, fatta propria da una parte della giurisprudenza interna, secondo cui le società *in house* sarebbero, non enti distinti dalla p.a., ma una *longa manus* o un'unità organizzativa della stessa¹³.

In questi termini, l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo della società *in house* risulterebbe fortemente limitata dal controllo analogo esercitato dal socio pubblico, i cui poteri di influenza sulla stessa sarebbero talmente penetranti da non essere assimilabili a quelli che il codice civile riconosce a qualunque altro socio (fosse anche unico o di controllo)¹⁴.

A questa stregua, il controllo analogo non sarebbe configurabile in presenza di significativi poteri decisionali da parte degli amministratori, potendo tale fattispecie essere integrata solo in presenza di una limitazione significativa delle loro competenze, se non, addirittura, di una subordinazione gerarchica alla volontà del socio pubblico¹⁵.

¹² Vedi la definizione di *in house providing* in Corte di Giustizia UE del 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, cit., punto 50, e ripresa in successive pronunce: tra le altre, Corte di Giustizia UE, 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE Gewässerschutz (Racc. pag. I-11037, punto 40); Corte Giustizia UE, 11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 49; più recentemente Corte Giustizia UE, 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy Srl., C-606/17, punto 36, in <https://curia.europa.eu>.

¹³ Secondo una nota pronuncia delle Sezioni Unite, sarebbe «squarciato il velo tra socio e società» e il patrimonio della società *in house* dovrebbe essere considerato quale patrimonio separato da quello dell'ente pubblico: così, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2015, II, 236 ss., con nota di E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*.

¹⁴ Così, ancora, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit. Lo stesso orientamento è ripreso da Cass., sez. un., 20 febbraio 2020, n. 4316, *dejure.it*.

¹⁵ In quest'ultimo senso, Cass., sez. un., 20 febbraio 2020, n. 4316, cit.

È evidente che una configurazione della società *in house* così intesa risulta, sotto diversi profili, inconciliabile con la disciplina di diritto interno¹⁶.

4. (segue): la società *in house* alla luce della disciplina del TUSP.

Il testo unico (preceduto da una serie di importanti riscontri- a livello legislativo e sistematico - in merito alla tendenziale assoggettabilità delle partecipate al diritto societario generale) ha stabilito che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (art. 1, comma 3)¹⁷.

Alla stregua di tale norma, che delinea l'impostazione di fondo (cd. privatistica) che il legislatore ha inteso dare alla disciplina delle partecipate, l'applicazione ad esse delle norme di diritto societario troverebbe un limite solo in presenza di deroghe previste da parte dello stesso d.lgs., n. 175/2016 (e quindi di deroghe espresse), le quali- ove esistenti- sono assoggettate al principio di «proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina

¹⁶ Sulla possibilità di accostare l'esercizio del controllo analogo al contratto di dominazione tra società madre e società figlie previsto dal diritto tedesco ma inammissibile nel nostro ordinamento, vedi anche A. VALZER, *Controllo analogo*, cit., 1049 s.

¹⁷ In tal senso, già la Relazione al codice civile precisava che «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici» (par. 837). Rilevante sotto il profilo sistematico era la disposizione di cd. "interpretazione autentica" (così definita, tra le molte, da Cass.civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Riv.dir.comm.*, 2017, II, 333 ss.; Cass.civ., sez.un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur.comm.*, 2016, II, 1041 ss.) di cui all'art. 4, comma 13, secondo periodo, d.l. n. 95/2012, ai sensi del quale «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». Sempre sotto un profilo sistematico, assumono particolare rilevanza i noti principi elaborati da parte della giurisprudenza comunitaria in materia di cd. *golden shares* (per cui si rinvia, per ulteriori riferimenti, a E. CODAZZI, *La società in house*, cit., 113 ss., testo e note) e la normativa sui cd. *golden powers* (su cui P.G. VISCONTI, *Affinità e interferenze tra poteri speciali e diritto societario*, in *Dir. ec.*, 2023, 175 ss.; A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Riv.trim.dir pub.*, 2022, 443 ss.; L. ARDIZZONE- M. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur.comm.*, 2013, I, 919 ss.)

privatistica» di cui all'art. 18, comma 1, lett. a), legge delega (n. 124/2015), il che significa che la loro previsione ed estensione deve essere contenuta nei limiti entro cui ciò sia strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse pubblico che ne giustifica l'introduzione¹⁸.

Con specifico riferimento alla società *in house*, ne discende perciò che, in mancanza di deroghe all'art. 2247 c.c. ed in presenza invece di una disposizione che (nel definire i «Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica») stabilisce che «Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa» (art. 3, comma 1, TUSP), dubbi non potrebbero sorgere in merito alla sua natura societaria e di soggetto privato¹⁹.

Per le stesse ragioni, l'assenza di deroghe agli artt. 2325, comma 1, e 2462, comma 1, c.c., confermerebbe che per le obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio.

La soggezione delle società *in house* all'art. 14, comma 1, TUSP, norma che sottopone le società partecipate a fallimento, concordato preventivo e, in presenza dei necessari presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, segna a sua volta un importante punto di emersione a livello normativo della configurazione cd. privatistica che il legislatore ha

¹⁸ Vedi Trib.Roma, sez. spec. impr., 2 luglio 2018, in *Giur.comm.*, 2019, II, 1490 ss., con nota di E. CODAZZI, *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all'art. 2380-bis, c.c.*

¹⁹ Tra le più recenti, Cass. civ., sez. III, 11 luglio 2024, n. 19121, in *onegale.it*, secondo cui la società costituita nelle forme del diritto privato, anche se organizzata secondo il modello dell'*in house providing* e incaricata di gestire un servizio pubblico, non può essere equiparata a una 'pubblica amministrazione' ai sensi del D.L. n. 95/2012; essa, pertanto, non è soggetta al regime normativo previsto per le pubbliche amministrazioni (nonostante l'orientamento della giurisprudenza amministrativa e contabile tenda a includere tali società nel gruppo amministrazione pubblica). Nello stesso senso, Cass.civ., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 27865, in *dejure.it*; Trib. Civitavecchia, 24 giugno 2022, n. 747, in *Foro it.*, 2022, I, 2847. Ma vedi Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2021, n. 6600, in *dejure.it*; T.A.R Napoli (Campania), sez. I, 28 settembre 2021, n. 6068, in *Foro amm.*, 2021, 1377.

inteso attribuire alle stesse ²⁰. In continuità con tale scelta normativa, si pone il CCII che ricomprende nel suo ambito di applicazione *ex art. 1, comma 1*, le società pubbliche, nella cui definizione (art. 2, comma 1) rientrano anche le società *in house*.

Se, sulla base di tali previsioni, sembrerebbe chiara la volontà del legislatore di superare la visione pubblicistica della società *in house*, dubbi in senso contrario potrebbero invece provenire da quelle ulteriori disposizioni del testo unico, che, in modo non del tutto coerente rispetto all'impostazione delineata *ex art. 1, comma 3, TUSP*, estendono alla stessa regole appartenenti allo statuto dell'ente pubblico, tra cui, in particolare, la soggezione alla giurisdizione contabile *ex art. 12, comma 1, TUSP* (il quale «fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*») e l'applicazione ai suoi amministratori del particolare regime di *prorogatio* di cui al d.l. n. 293/1994 (art. 11, comma 15, TUSP) ²¹.

²⁰ Nessun dubbio si pone in merito alla applicabilità di tale norma alle società *in house*, come del resto conferma la Relazione illustrativa al d.lgs., n. 175/2016, atto n. 297-bis, sub art. 14 (in cui si spiega che «le osservazioni volte a sottrarre le società *in house* al diritto comune delle crisi d'impresa non sono state accolte»). Depongono in tal senso sia il dato normativo - che riferendosi genericamente alle società a partecipazione pubblica, tanto nella rubrica, quanto nel testo del comma 1, sembra rivolgersi indifferentemente a tutte le partecipate- sia il dato sistematico, in quanto nessuna deroga è stata prevista a tal riguardo da parte del testo unico (in tal senso anche V. DONATIVI, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, in *Le società in house*, Napoli, 2020, 115; G. D'ATTORRE, *Crisi delle società pubbliche*, cit., 1055; C. GARILLI, *Società in house e crisi d'impresa alla luce dell'art. 14 TUSP*, in *Soc.*, 2021, 1055 ss. In giurisprudenza, vedi Cass.civ., 28 marzo 2023, n. 8794, in dirittodellacrisi.it; Trib. Catania, 20 luglio 2018, n.128, in ilsocietario.it, 28 settembre 2018). In modo ancora più significativo, la previsione di cui all'art. 14, comma 6, ponendo specifici divieti alle società a controllo pubblico "titolari di affidamenti diretti" in conseguenza della loro dichiarazione di fallimento, confermerebbe a sua volta la fallibilità delle società *in house* («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 »).

²¹ Per un quadro aggiornato sul tema della giurisdizione applicabile alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società *in house*, si rinvia, anche per ulteriori citazioni dottrinali e giurisprudenziali, a F. CERIONI, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in AA.VV., *Le società*

In realtà, pare che tali disposizioni, lungi dal mettere in dubbio la qualificazione cd. privatistica della società *in house* (come pure una parte della dottrina sostiene²²), sembrerebbero al contrario dimostrare che l'applicazione ad essa di regole di stampo pubblicistico è possibile solo ove espressamente previsto dal legislatore, perciò in qualche modo rafforzando la regola generale²³.

Detto ciò, è evidente che l'ambiguità dell'approccio legislativo rispetto all'*in house providing*, oltre a dar conto della difficoltà di inquadrare giuridicamente il fenomeno e di disciplinarlo attraverso regole che siano con esso coerenti, contribuisce a creare un'obiettiva incertezza in merito ad altre questioni correlate e non espressamente risolte a livello normativo, tra cui quella, fondamentale, dello scopo sociale²⁴.

5. La questione (centrale) dello scopo sociale.

pubbliche, a cura di F. Cerioni, Milano, 2023, 282 ss., spec. 322 ss., 338 ss., e 356 ss.; sul tema vedi anche C. IBBA, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in *Dir.ec.*, 2017, 249 ss.; ID, *La responsabilità*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 165 ss. Sul regime di *prorogatio* degli amministratori di società partecipate, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 595 ss.; M. COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur.comm.*, 2013, II, 260 ss.

²² Così, B.G. MATTARELLA, *op.cit.*, 1308 s.

²³ In tal senso, già Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., la quale chiarisce che l'assimilazione della società *in house* ad una pubblica amministrazione rileva solo ai fini del riparto di giurisdizione «non compromettendo, per ogni ulteriore aspetto, l'applicazione del diritto societario generale». E anche Cass.civ., sez.un., 1° dicembre 2016, n. 24591, par. 3, in *Giur. comm.*, 2017, II, 809 ss., la quale precisa che le società *in house* sono soggette al principio generale di cui all'art. 1, comma 3, TUSP «ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso. Ed una disposizione specifica per la società *in house* si rinviene nell'art. 12 (...)». Vedi anche Trib. Crotone, sez. lav., 1° dicembre 2022, n. 88, in *dejure.it*.

²⁴ Come ha significativamente precisato il Consiglio di Stato in sede di Adunanza della Commissione speciale, qualunque sia la prospettazione seguita in merito alla natura giuridica delle società *in house* è indubbio che la stessa conservi «una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato» (Cons. Stato, Ad. comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, par. 7).

Questione centrale, al fine di una corretta configurazione del fenomeno nonché della comprensione dei temi rilevanti in questa sede, è quello dello scopo della società *in house*²⁵.

Pare chiaro, alla luce dell'attuale quadro normativo, che, in mancanza di previsioni di deroga all'art. 2247 c.c. da parte del TUSP, non si possa porre in dubbio che tutte le partecipate, comprese quelle *in house*, siano dotate di causa lucrativa²⁶.

Come ha, infatti, chiaramente precisato in passato la Cassazione, solo in presenza di un' espressa disposizione legislativa contenente specifiche deroghe al codice civile potrebbe affermarsi «la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c.», laddove, in mancanza di tale intervento esplicito, il fenomeno resterebbe quello di una «società di diritto comune, nella quale pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono»²⁷.

Tali conclusioni parrebbero rafforzate da quel principio di legge delega con cui si chiarisce che i rapporti economici tra ente pubblico e società partecipata debbono basarsi sul criterio del cd. "operatore di mercato" (art. 18, comma 1, lett. l), legge n. 124/2015), il quale- stante la sua collocazione

²⁵ Per un approfondimento del tema, sia consentito rinviare anche per ulteriori riferimenti dottrinali a E. CODAZZI, *La società in house*, cit., 159 ss.

²⁶ In tal senso, Corte conti, sez. reg. contr. Liguria, deliberazione 8 settembre 2017, n. 80, in *Riv.dir.comm.*, 2018, II, 721 ss., con nota di E. CODAZZI, *Società in house e scopo di lucro: una rivisitazione del tema alla luce del d.lgs. n. 175/2016*, in cui è stato sottolineato come la possibilità per le società *in house* di svolgere una parte della propria attività nei confronti dei terzi (art. 16, comma 3-bis, TUSP) e di prevedere la partecipazione dei privati confermerebbero che la gestione della stessa deve basarsi su una logica di profitto o quantomeno di remuneratività dell'investimento effettuato dai suoi soci, come previsto per qualsiasi investitore privato.

²⁷ Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, par. 4, in www.dejure.it; si veda anche Cass., sez.un., 2 febbraio 2018, n. 2584, ivi.

tra i criteri direttivi della legge delega- sembrerebbe assumere una portata generale, tale da imporre al socio pubblico uno *standard* di comportamento da adottare in ogni decisione suscettibile di avere un impatto economico sulla società partecipata²⁸.

Come anche la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di sottolineare, il socio pubblico ha il dovere di valorizzare, nel modo più ampio possibile, la propria partecipazione societaria, potendone discendere, in caso contrario, un danno erariale²⁹.

Del resto, la citata giurisprudenza di merito, chiamando gli enti pubblici a rispondere del danno arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, sembrerebbe implicitamente confermare il limite-nell'esercizio della direzione e coordinamento- della gestione lucrativa della società³⁰.

Eppure, come già ricordato, le Sezioni Unite - sia pure incidentalmente- hanno di recente sostenuto che l'interesse pubblico confluisce nella causa sociale, determinandone la non lucratività³¹.

²⁸ In tal senso, F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. ec.*, 2017, 1 ss. In questi termini, la lucratività della società a partecipazione pubblica sembrerebbe persino rafforzata rispetto a quella di una qualsiasi società privata (ove non si prevede a carico dei soci un dovere di comportarsi in modo economicamente razionale): sottolinea C. ANGELICI, *In tema di "socio pubblico"*, in *Riv.dir.comm.*, 2015, I, 175, spec. 178, come il riferimento allo «investitore privato» contenuto nella disciplina degli aiuti di Stato caratterizzi in modo significativo la posizione del socio pubblico, distinguendola da quella del socio privato.

²⁹ Così Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17188, in *Foro amm.*, 2019, 1009, ha precisato che « il socio pubblico che detiene una quota del patrimonio di una società privata ha il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del raggiungimento del miglior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, egli in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale ».

³⁰ Si veda in particolare Trib. Torino, sez.spec. impr., 3 febbraio 2022, n. 402, che ha condannato l'ente territoriale a pagare delle ingenti somme alla curatela fallimentare, a titolo di responsabilità da direzione e coordinamento, per avere imposto alla società delle logiche diseconomiche.

³¹ Cass.civ., sez.un., 8 luglio 2024, n. 18623, cit.

Secondo una recente opinione dottrinale, addirittura, sussisterebbe un'incompatibilità ontologica tra il carattere lucrativo della società *in house* e i principi di diritto comunitario, sicché, essendo l'assenza di vocazione lucrativa elemento necessitato dell'*in house providing*, sarebbe persino superflua la previsione di una deroga all'art. 2247 c.c. da parte del TUSP³². Pare evidente che concezioni di questo tipo, legittimando una gestione della società *in house* secondo logiche prive di razionalità economica, si prestano a giustificare, sotto il manto dell'interesse pubblicistico, abusi anche significativi dello strumento societario da parte della p.a.³³.

6. I poteri del socio pubblico e le modalità di esercizio del controllo analogo.

Dopo le lunghe (ma necessarie) premesse in merito alla configurazione della società *in house*, è possibile passare al tema- strettamente correlato al primo- della natura del controllo analogo, definito *ex art. 2, comma 1, lett. c)*, TUSP, come «la situazione in cui l'amministrazione esercita (...) un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata»³⁴.

È evidente che l'esercizio del controllo analogo, implicando un coinvolgimento del socio pubblico su taluni aspetti della gestione sociale, pone un problema di coordinamento innanzitutto con la previsione che,

³² E. CARUSO, *Per una rilettura*, cit., 159.

³³ Sottolinea F. FIMMANÒ, *L'abuso*, cit., 42, come la società partecipata da un socio pubblico rimane «un contratto tipico con scopo lucrativo, soggetto al diritto comune, che non può essere "storpiato o manipolato" per finalità *abusivae* dirette a creare *in vitro* una sorta di azienda speciale, *organica* all'ente per alcuni fini e *separata* per altri, solo per ottenere una autonomia formale e la conseguente disapplicazione delle regole pubblicistiche».

³⁴ Una variante alla fattispecie del controllo analogo cd. "solitario" è data dal controllo analogo congiunto (definito come la «situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi») (art. 2, comma 1, lett. d)): sul tema, tra gli altri, C. GARILLI, *In house providing e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul "controllo analogo congiunto" nel quadro generale delle "società a controllo pubblico"* in *Riv.soc.*, 2022, 450 ss.

nella s.p.a., attribuisce tale materia alla competenza esclusiva degli amministratori (art. 2380-*bis*, c.c.)³⁵.

Il legislatore del testo unico, nel tentativo di superare tale - apparentemente- insanabile contrasto, ha previsto che, al fine di consentire l'esercizio del controllo analogo, «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» (art. 16, comma 2, lett. *a*)), aggiungendo che il controllo analogo può essere realizzato anche attraverso l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di s.r.l. di particolari diritti amministrativi o mediante la stipulazione di patti parasociali che (in deroga all'art. 2341-*bis*, c.c.) possono avere una durata superiore a 5 anni (lett. *b*) e *c*)³⁶.

Pur essendo rimessa al socio pubblico la possibilità di scegliere tra un modello più o meno stringente di controllo analogo, tale libertà - come si è già ampiamente tentato di precisare in altre sedi- sembrerebbe trovare un limite sia nell'impostazione di fondo del testo unico (che, come abbiamo visto, applica a tutte le partecipate -salvo deroghe espresse- la generale disciplina societaria) che nel principio di «proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica» di cui all'art. 18, comma 1, lett. *a*), legge delega (non essendo la drastica compressione dell'autonomia decisionale degli amministratori soluzione necessaria né proporzionata rispetto al fine di garantire l'esercizio del controllo analogo sulla società), nonché, più in

³⁵ Sul tema, tra gli altri, C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, 2021, spec. 49 ss. (ove mette a confronto la concezione "pubblicistica" e quella "privatistica" del controllo analogo); ID, *Le società in house*, cit., 195 ss.; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica, La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012, spec. 312 ss.

³⁶ Per quanto riguarda, più nello specifico, le modalità di esercizio del controllo analogo nelle società di capitali, V. DONATIVI, *Gli strumenti*, cit., 98 ss.; E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in *Dir.ec.*, 2019, 127 ss.; I. KUTUFA, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?* in *NLCC*, 2019, 430 ss.

generale, nei principi dell'ordinamento interno e comunitario da cui si ricava una tendenziale assimilazione delle prerogative del socio pubblico a quelle del socio privato (come in particolare insegna la giurisprudenza sulle cd. *golden shares*)³⁷.

In virtù dei sopra richiamati principi, la fisiologica limitazione dell'autonomia gestionale della società *in house* non potrebbe perciò tradursi, né nelle s.p.a. né nelle s.r.l. (nonostante la maggiore flessibilità organizzativa di cui le stesse godono), in una subordinazione degli amministratori alle direttive del socio pubblico o in un'abdicazione dei poteri decisionali degli uni alla volontà dell'altro ³⁸.

A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione per cui, se l'art. 2380-*bis*, c.c., è derogabile ex art. 16, comma 2, TUSP, non lo è il sistema di responsabilità degli amministratori di cui agli artt. 2392 ss., c.c., sicché gli stessi sarebbero comunque tenuti a rispondere, nei confronti della società e dei creditori sociali, pur se ridotti a mero strumento nelle mani del socio pubblico dominante³⁹.

³⁷ In tal senso, E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo*, cit., 127 ss., spec. 140 ss; EAD, *Le società in house*, cit., 201 ss.; V. DONATIVI, *Gli strumenti*, cit., 102 ss., ove parla di deroga "limitata" e "condizionata"; A. VALZER, *Controllo analogo*, cit., 1052 ss.; F.A. RE, *Società in house insolventi e continuità del servizio pubblico*, Torino, 2024, 31 e 39 ss. Sottolinea Trib.Roma, sez. spec. impr., 2 luglio 2018, cit., come le deroghe statutarie al modello societario sono ammesse nei limiti del rapporto di strumentalità funzionale tra esse e il fine di realizzare il controllo analogo (alla luce di tali premesse il Tribunale conclude che la modifica apportata allo statuto della s.p.a., con cui si limitano i poteri dell'organo amministrativo alla sola amministrazione ordinaria, si pone in contrasto con l'art. 2380-*bis* c.c., eccedendo illegittimamente i limiti derogativi di cui all'art. 16, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

³⁸ Vedi anche Cass.civ., sez.un., 8 gennaio 2024, n. 567, in www.dejure.it, secondo cui il controllo analogo esercitato dall'ente pubblico su una società *in house* non può essere equiparato al controllo gerarchico esercitato dall'amministrazione sui propri uffici dipendenti, essendo simile ma non identico al controllo diretto e quindi non potendo ridurre la società di capitali a una mera articolazione interna dell'ente pubblico. La limitazione del controllo analogo- precisa la S.C.- si applica alle decisioni fondamentali e alle scelte operative che influenzano la *governance* complessiva dell'attività della società *in house*, al fine di preservare le finalità pubbliche che la caratterizzano. Così anche Trib.Roma, sez. spec. impr., 2 luglio 2018, cit.

³⁹ Precisa Trib.Roma, sez. spec. impr., 2 luglio 2018, cit., come «l'attribuzione all'assemblea dei poteri di straordinaria amministrazione e per converso la limitazione della competenza

Eppure, nonostante tali siano le indicazioni derivanti da una lettura oggettiva del dato normativo e sistematico, la casistica giurisprudenziale e la prassi rivelano che la concezione della società *in house* come “cosa propria” dell’ente pubblico è quantomai diffusa, rilievo che induce ad approfondire il tema della relativa responsabilità.

7. *L’orientamento della Corte europea dei diritti dell’uomo sulle società statali.*

Secondo un orientamento della Corte europea dei diritti dell’uomo (che ormai possiamo ritenere consolidato, stante l’ampia casistica a riguardo), l’esigenza di garantire il pieno rispetto della proprietà (*ex art. 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU*) e il diritto ad un equo processo (*ex art. 6 CEDU*), comporterebbe che i creditori di quelle società, che altro non sono che la *longa manus* dello Stato, possano far valere le proprie ragioni anche nei confronti di quest’ultimo ove non soddisfatti dalle prime (come tipicamente avviene in caso di loro insolvenza)⁴⁰.

Al fine di comprendere pienamente tale indirizzo, è necessario precisare, da un lato, come la protezione della proprietà di cui al Primo Protocollo addizionale CEDU viene interpretata dalla Corte in modo ampio ed è estesa ad ogni bene (materiale o immateriale), diritto, interesse, utilità, rilevante da un punto di vista patrimoniale, coinvolgendo tanto i diritti correlati alla partecipazione sociale (bene di “secondo grado”)⁴¹, quanto i crediti, qualora

funzionale dell’organo amministrativo ai soli atti di ordinaria amministrazione lederebbero anche i principi su cui si fonda la responsabilità civile degli amministratori nei confronti della società e dei creditori sociali di cui agli artt. 2392 ss. c.c. (definiti espressamente norme imperative inderogabili dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 28 aprile 2010, n. 10215, *id.*, Rep. 2011, voce *Società*, n. 604)»; vedi anche Trib. Palermo, 28 aprile 2021, *cit.*

⁴⁰ Vedi Cfr. Corte EDU, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of Property*, 31 agosto 2024, 48, in www.echr.coe.it.

⁴¹ Si veda G.CARRARO, *Società di capitali e diritti dell’uomo*, in *Riv.dir.civ.*, 2012, 205 ss., spec. 209 s. e 223 ss; cenni anche in G. ALPA, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2022, 599 ss., 611 s., testo e nota 27; A. ROCCELLA, *Diritto di proprietà tra disciplina pubblicistica nazionale e disciplina europea*, in *RIDPC*, 2020, 737 ss., spec. 740 ss.

gli stessi trovino una base sufficiente nella legislazione nazionale, siano esigibili nonché accertati mediante sentenza passata in giudicato⁴².

Dall'altro lato, è altresì necessario sottolineare che, in base all'art. 6 CEDU, lo Stato avrebbe il dovere di dare pronta ed effettiva soddisfazione ai debiti riconosciuti a suo carico in sede giurisdizionale⁴³.

In altri termini (come spiegato anche dalla Corte Costituzionale⁴⁴), il diritto al giusto processo civile troverebbe il suo naturale compimento nell'ulteriore diritto a che le sentenze, che accertano i diritti di credito e condannano il debitore al relativo adempimento, ricevano adeguata attuazione, ove occorra, in sede esecutiva⁴⁵.

Ma- precisa la Corte EDU- la portata degli obblighi dello Stato ai sensi dell'art. 6 CEDU e dell'art. 1 Primo Protocollo alla Convenzione, si differenziano a seconda che il debitore sia lo Stato (o un altro soggetto pubblico) ovvero un privato: mentre, nel primo caso, lo Stato deve prendere l'iniziativa di eseguire integralmente e tempestivamente la sentenza, garantendo il pagamento del credito accertato in sede giudiziale, nel secondo caso, esso deve invece limitarsi a garantire solo

⁴²Corte EDU, sez. I, 14 marzo 2019, ricorso n. 43422/07, *Arnaboldi c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int>, § 55-56; Corte EDU, 9 dicembre 1994, ricorso n. 13427/87, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, ivi, p. 84, § 59; Corte EDU, sez. I, 7 maggio 2002, ricorso n. 59498/00, *Burdov c. Russia*, ivi, § 40; Corte EDU, sez. I, 1° luglio 2014, ricorso n. 29920/05 e altri 10, *Gerasimov e altri c. Russia*, ivi, § 179; Corte EDU, 15 ottobre 2009, ricorso n. 40450/04, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina*, ivi, § 45; Corte EDU, 29 luglio 2010, ricorso n. 8549/06 e altri 86, *Streltsov e altre cause "pensionati militari di Novochoerkassk" c. Russia*, ivi, § 58.

⁴³ Cfr. Corte EDU, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)*, 31 agosto 2024, in www.echr.coe.it. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 ss.; G. CARRARO, *op.cit.*, 232 ss.

⁴⁴ Vedi tra le più recenti, Corte cost., 21 luglio 2023, n. 159, in *Riv.dir.int.*, 2023, 1167, la quale precisa che «la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti assicurata dall'art. 24 Cost. comprende anche la fase dell'esecuzione forzata, in quanto necessaria a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento giudiziale».

⁴⁵ Corte EDU, Grand Chamber, 26 settembre 1996, ricorso n.15797, *Di Pede c. Italia*, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, §§ 22-26; Corte EDU, 26 settembre 1996, *Zappia c. Italia*, ivi, 1996-IV, §§ 18-22.

un effettivo sistema di tutela giudiziale in sede esecutiva (che può assicurare o meno la soddisfazione del credito, ma deve essere, perlomeno in astratto, efficace) ⁴⁶.

Così, in un recentissimo caso, la Corte EDU, sulla base di questi principi, ha condannato lo Stato italiano a pagare, entro tre mesi, ingenti somme per una serie di debiti, accertati con provvedimenti definitivi e risalenti nel tempo, che, il Comune di Catania, in stato di dissesto, ha maturato nei confronti di un istituto di credito⁴⁷.

Criterio discretivo, al fine di stabilire se, ai sensi della Convenzione, gli atti, le omissioni o i debiti di una società possano ricadere sullo Stato, è quello di verificare l'esistenza o meno di un grado di autonomia istituzionale e operativa dell'una dall'altro ⁴⁸.

⁴⁶ Così, Corte EDU, 24 ottobre 2023, sez. II, ricorsi nn. 14323/13 e 47663/13, *Pomul S.R.L. e Subervin S.R.L. v. Republica Moldova*, § 24, in <https://hudoc.echr.coe.int>. Si vedano, tra le tante, Corte EDU, 8 maggio 2004, ricorso n. 49806/99, *Prodan c. Moldavia*, § 75, *ivi*; Corte EDU, 9 ottobre 2014, ricorsi n. 39483/05 e 40527/10, *Liseytseva e Maslov c. Russia*, § 183, *ivi*. Cfr. Corte EDU, sez. II, 30 novembre 2004, ricorso n. 35091/02 e altri 9, *Mykhaylenky e altri c. Ucraina*, § 43, *ivi*; Corte EDU, 31 maggio 2007, ricorso n. 25867/02, *Anokhin c. Russia* (dec.), *ivi*. Qualora il debitore sia un privato, lo Stato non può essere ritenuto responsabile del mancato pagamento di un credito esecutivo a causa dell'insolvenza dello stesso (Corte EDU, 27 maggio 2003, ricorso n. 50342/99, *Sanglier c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int>, § 39; Corte EDU, 22 marzo 2005, ricorso n. 33273/03, *Ciprová c. Repubblica ceca* dec., *ivi*; Corte EDU, 4 gennaio 2007, ricorso n. 31510/02, *Cubanit c. Romania*, *ivi*). Lo Stato ha tuttavia l'obbligo positivo di organizzare un sistema di esecuzione delle sentenze definitive relative a controversie tra privati, che sia effettivo sia sul piano giuridico che su quello pratico (Corte EDU, 7 giugno 2005, ricorso n. 71186/01, *Fuklev c. Ucraina*, in <https://hudoc.echr.coe.int>, § 84).

⁴⁷ Corte EDU, 16 gennaio 2025, ricorso n. n° 31795/23, *Affaire Banca sistema S.p.a. c. Italie*, in <https://hudoc.echr.coe.int>, la quale dichiara che lo Stato convenuto deve, entro tre mesi, garantire con mezzi adeguati l'esecuzione delle misure giudiziarie nazionali, pagando al creditore le somme dovute.

⁴⁸ Corte EDU, 16 luglio 2014, ricorso n. 60642/08, *Ališić and Others v. Bosnia and Others*, § 114: «In this regard, the Court reiterates that a State may be responsible for debts of a State-owned company, even if the company is a separate legal entity, provided that it does not enjoy sufficient institutional and operational independence from the State to absolve the latter from its responsibility under the Convention (see, among many other authorities, *Mykhaylenky and Others v. Ukraine*, no. 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 and 42814/02, §§ 43-46, ECHR 2004-XII; *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v. Moldova*, no. 39745/02, §§ 17-19, 3 April 2007; *Yershova v. Russia*, no. 1387/04, §§ 54-63, 8 April 2010; *Kotov c. Russia* [GC], n. 54522/00, 3 aprile 2012, §§ 92-107). The key criteria used in the above-mentioned cases to determine whether the State was indeed responsible for such debts

In quest'ottica, la Corte EDU ha elaborato una serie di indici, individuati per la prima volta in una pronuncia del 2003 e ripresi dalla successiva giurisprudenza ⁴⁹.

In particolare, sono considerati rilevanti a tal fine: lo *status* giuridico (di diritto pubblico o privato) della società, la natura della sua attività (riconducibile ad una funzione pubblica o ad un'ordinaria attività commerciale), il contesto in cui essa opera (come monopolio o impresa estremamente regolamentata), la sua indipendenza istituzionale (il grado di proprietà dello Stato) ed operativa (il grado di vigilanza e controllo che lo Stato esercita su di essa) ⁵⁰.

Al fine di stabilire se una società può essere considerata una "organizzazione governativa" e quindi giustificare il sorgere di una responsabilità dello Stato per i suoi atti od omissioni- precisa la giurisprudenza - non è però decisivo lo *status* della società ai sensi del diritto interno (e quindi anche il fatto che la stessa sia dotata di personalità giuridica), così come non lo è il suo carattere formalmente pubblico, dovendosi piuttosto considerare il ruolo che il soggetto pubblico ha avuto e in particolare il suo tentativo di eludere gli obblighi di cui alla Convenzione attraverso il ricorso allo schermo della personalità giuridica⁵¹.

*were as follows: the company's legal status (under public or private law); the nature of its activity (a public function or an ordinary commercial business); the context of its operation (such as a monopoly or heavily regulated business); its institutional independence (the extent of State ownership); and its operational independence (the extent of State supervision and control)». Sul tema, H. QUANE, *The Strasbourg jurisprudence and the meaning of a «public authority» under the Human Rights Act*, in *Publ. Law*, 2006, 106 ss. e A. WILLIAMS, *Strasbourg's public-private divide and the British Bill of Rights*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2015, 6, 617 ss.*

⁴⁹ Il *leading case* è rappresentato da Corte EDU, 23 settembre 2003, ricorso n. 53984/00, *Radio France and Others v. France*, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁵⁰ Così, Corte EDU, 24 ottobre 2023, ricorso n. 14323/13 e 47663/13, *Pomul S.R.L. e Subervin S.R.L. v. Republica Moldova*, cit., § 26. Tra le molte, *Liseytseva e Maslov c. Russia*, cit., §§ 186-18; *Ališić and Others v. Bosnia and Others*, cit., § 114; Corte EDU, 24 settembre 2019, ricorso n. 42140/05 e altri 4, *Fomenko e altri (dec.)*, § 172, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁵¹ Corte EDU, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*, cit., 48. Cfr. Corte EDU, 18 giugno 2002, sez. IV, ricorso n. 48757/99, *Shestakov c. Russia*, in <https://hudoc.echr.coe.int>, in cui si precisa che l'esercizio di poteri statali che hanno un'influenza sui diritti e sulle libertà

Così, in un recente caso in cui lo Stato italiano è stato chiamato a rispondere per i debiti di una società privata insolvente (alla quale Anas s.p.a. aveva conferito una potestà espropriativa), la Corte ha infatti precisato che «se è vero che l'insolvenza di una società privata non può comportare una responsabilità dello Stato riguardo alla Convenzione e ai suoi Protocolli (...)», è vero anche che «lo Stato non può sottrarsi alla sua responsabilità delegando i propri obblighi ad enti privati o a persone fisiche»⁵².

Il fatto di aver scelto di agire tramite una persona giuridica di diritto privato, perciò, «non può sollevare lo Stato italiano da quelle che sarebbero state le sue responsabilità se avesse preferito adempiere lui stesso a tali obblighi, come sarebbe stato in suo potere fare» e, proprio in quanto la società era delegataria di una missione pubblicistica, non poteva il soggetto pubblico delegante omettere di vigilare sulla correttezza del relativo operato, anche, ovviamente, in relazione al puntuale pagamento dei debiti⁵³.

Ulteriori fattori valorizzati dalla giurisprudenza, al fine di attribuire una responsabilità a carico dello Stato, riguardano il ruolo che esso, nel caso concreto, ha assunto rispetto alla difficile situazione in cui si è trovata la

sanciti dalla Convenzione può far sorgere la responsabilità dello Stato, indipendentemente dalla forma in cui tali poteri si trovano ad essere esercitati, fosse anche da parte di un ente di diritto privato

⁵² Corte EDU, sez. I, 14 marzo 2019, ricorso n. 43422/07, *Arnaboldi c. Italia*, § 39, in <https://hudoc.echr.coe.int>. Per un commento, K. DIERKES, *Compensation for indirect expropriation*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2019, 4, 432 ss. Nella causa *De Luca c. Italia*, Corte EDU, sez. II, 24 settembre 2013, n. 43870/04, §§ 49-56, in www.giustizia.it, l'impossibilità per il ricorrente di instaurare un procedimento di esecuzione nei confronti di un'autorità locale in stato di dissesto, al fine di riscuotere un credito accertato mediante sentenza, ha costituito violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1. Pertanto anche l'impossibilità giuridica per un'autorità pubblica di pagare i suoi debiti non sembrerebbe esonerare lo Stato dalla sua responsabilità ai sensi della Convenzione.

⁵³ «Ne consegue che lo Stato italiano rimane tenuto ad esercitare una vigilanza e un controllo per tutta la durata della procedura di espropriazione, fino al pagamento del relativo indennizzo, cosicché è responsabile per non aver adottato le misure necessarie a garantire che le somme accordate a titolo di indennità per l'espropriazione fossero effettivamente versate al ricorrente».

società (ovvero la sua insolvenza) o se si possa addirittura ritenere che questi abbia accettato, in tutto o in parte, la responsabilità per i debiti della stessa ⁵⁴.

In particolare, è necessario accertare «(...) se lo Stato fosse direttamente responsabile delle difficoltà finanziarie della società, se avesse sottratto i fondi della società a scapito della stessa e dei suoi *stakeholder* e se avesse compromesso l'indipendenza della società o abusato in altro modo della sua personalità giuridica»⁵⁵.

Se è, infatti, vero- precisa la Corte- che occorre distinguere tra «l'esercizio da parte dello Stato dei suoi diritti di azionista, che rimane responsabile dei debiti della società nella misura del suo investimento nella società, e il controllo esercitato dallo Stato sulla società in qualità di autorità pubblica, che incide sull'indipendenza istituzionale e operativa della società »⁵⁶, è anche vero che, pur svolgendo la società in mano pubblica un'attività commerciale in concorrenza, lo Stato è indebitamente intervenuto nella procedura esecutiva, così da ostacolarne il successo ⁵⁷.

8. Le possibili implicazioni per le società in house del descritto orientamento della giurisprudenza CEDU.

⁵⁴ Corte EDU, 9 ottobre 2014, ricorsi nn. 39483/05 40527/10, *Liseytseva e Maslov c. Russia*, cit., §§ 184-192. Vedi anche Corte EDU, 9 febbraio 2021, ricorso n. 23662/08, *Tokel v. Turkey* in <https://hudoc.echr.coe.int>, §§ 58-64, in cui lo Stato è stato chiamato a rispondere per l'illecito di una società (che aveva violato gli altrui diritti di proprietà industriale, fattispecie rilevante *ex art. 1*, Primo Protocollo addizionale), la quale, pur dotata di autonomia patrimoniale perfetta, soggetta alla disciplina e alla giurisdizione applicabili alle società private, sarebbe priva di autonomia rispetto allo Stato stante la supervisione e il controllo da parte di quest'ultimo sui suoi piani di investimento.

⁵⁵ Corte EDU, 24 ottobre 2023, ricorsi n. 14323/13 e 47663/13, *Pomul S.R.L. e Suberoiu S.R.L. v. Republica Moldova*, cit., §26. Cfr. Corte EDU, 31 maggio 2007, ricorso n. 25867/02, *Anokhin c. Russia*, cit., e Corte EDU, 1° dicembre 2009, ricorso n. 31761/04, *Khachatryan c. Armenia*, n. §§ 51-53 in <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁵⁶ §33.

⁵⁷ §38 (« Di conseguenza, la Corte ritiene che l'intervento dell'Agenzia del Demanio, in quanto unica autorità competente ad effettuare la vendita dei beni sequestrati della società debitrice, e il suo mancato intervento siano stati fattori decisivi per il fallimento della procedura esecutiva a favore delle società ricorrenti »).

L'orientamento della giurisprudenza CEDU, sinteticamente riportato, può consentire di ricavare alcune indicazioni rilevanti anche per la ricostruzione delle responsabilità del socio pubblico di società *in house*, le quali, in quanto tendenzialmente caratterizzate da una limitata autonomia decisionale e operativa nonché affidatarie di servizi pubblici, anche essenziali, possono essere considerate delegatarie di funzioni pubblicistiche e quindi presentare quei requisiti che, secondo la citata casistica giurisprudenziale, sono idonei a determinare l'insorgere di una responsabilità dello Stato (cfr. § 7).

Più precisamente, qualora la pretesa venga azionata dinanzi alla Corte di Strasburgo, lo Stato risponderà in prima battuta per la violazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione, potendo poi, se condannato, rivalersi (ai sensi dell'art. 43, comma 10, legge, n. 234/2012) sull'ente pubblico responsabile per aver agito in contrasto con i principi CEDU⁵⁸.

Tali considerazioni non sono meramente teoriche. Basti pensare che, in un recente caso, lo Stato italiano, a fronte all'insolvenza di alcune società *in house* calabresi, ha ritenuto - stante il rischio di soccombenza- di doversi far carico dei relativi debiti, raggiungendo un accordo stragiudiziale, poi ratificato dalla Corte EDU⁵⁹.

Ci si può però chiedere se gli stessi principi possano trovare un'applicazione più generale (e quindi anche in sedi diverse da quella della Corte EDU) in tutti i casi in cui un ente pubblico eserciti sulla società un'influenza, che è tale da privarla della propria autonomia istituzionale ed operativa, come tipicamente avviene nel caso delle società *in house*, sino al punto di portarla all'insolvenza e quindi renderla inadempiente nei confronti dei suoi creditori sociali, destinati a rimanere insoddisfatti.

⁵⁸ In tema, F. CORVAJA, *La rivalsa dello Stato nei confronti degli enti territoriali per le violazioni della CEDU*, in *Le Regioni*, 2017, 278 ss.

⁵⁹ Vedi Corte EDU, 1° dicembre 2022, ricorsi nn. 36175/21 e 36691/21, *Mazzei Salvatore s.r.l. c. Italia* e *Salvaguardia Ambientale s.p.a. c. Italia*, in www.giustizia.it, relativa ai debiti della società Acque Krotonesi S.p.A.

Come abbiamo già precisato, la società *in house* (stante la riconducibilità ai tipi sociali di cui all'art. 3 TUSP, e l'assenza di deroghe da parte del testo unico agli artt. 2325, comma 1, e 2462, comma 1, c.c.), è dotata di autonomia patrimoniale perfetta, ragion per cui, come conferma la giurisprudenza in modo granitico, è escluso che il socio pubblico possa rispondere illimitatamente dei suoi debiti⁶⁰.

Una diversa conclusione- si sottolinea- «contrasterebbe con lo scopo stesso della disciplina legislativa che consente all'ente l'adozione della peculiare struttura organizzativa dei servizi pubblici mediante affidamento diretto alla società *in house*, proprio per sfruttare il vantaggio della separazione del patrimonio sociale destinato all'attività della gestione dei servizi pubblici secondo criteri di economicità, dal patrimonio comunale a fini di contenimento della spesa pubblica»⁶¹.

Eppure, se, come afferma tuttora un consolidato orientamento interpretativo, la società *in house* è una mera articolazione interna della p.a., quest'ultima dovrebbe coerentemente rispondere dei suoi debiti⁶².

A tale esito però la giurisprudenza (pure ove afferma che «il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la

⁶⁰ Sia pure incidentalmente, Corte Cost. , 5 giugno 2023, n. 110, in *dejure.it*. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Bari, sez. spec.impr., 30 gennaio 2024, cit.; Trib. Crotone, sez. lav., 1° dicembre 2022, n. 881, in *dejure.it*; Trib. Crotone, sez. lav., 6 ottobre 2022, n. 705, ivi; Trib. Civitavecchia, 24 giugno 2022, n. 747, in *Foro it.*, 2022, I, 2847.

⁶¹ Trib. Milano, sez. spec. impr., 16 febbraio 2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, il quale appunto sottolinea come neanche il controllo analogo, in mancanza di una disposizione di legge che consenta di trarre una tale conclusione, valga «a determinare la dissolvenza dell'autonomia patrimoniale delle singole società del gruppo e meno che mai a creare la confusione tra i patrimoni del socio pubblico e delle diverse società del gruppo che solo potrebbe giustificare una responsabilità patrimoniale diretta dell'ente *holder* per le obbligazioni sociali contratte con i terzi dalle società controllate».

⁶² Vedi la nota pronuncia delle Sezioni Unite, secondo cui le società *in house* hanno «della società solo la forma esteriore, ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi», laddove «la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità» (così, Cass.civ., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.)

distinzione tra socio e società non si realizza più in termini di alterità soggettiva») non è- a quanto consta- mai pervenuta, riconoscendo l'autonomia patrimoniale perfetta della società *in house* ⁶³.

Se, alla luce dell'attuale quadro normativo, è perciò possibile affermare che la responsabilità del socio pubblico di società *in house*- in qualunque modo la stessa venga configurata- segue le regole generali del diritto societario, un'interpretazione del diritto interno conforme ai principi emersi dalla citata giurisprudenza CEDU imporrebbe invece una diversa lettura.

Si deve infatti considerare (come la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire nelle famose sentenze "gemelle" del 2007), che, nella gerarchia delle fonti, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha un rango sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria, sicché, ove una norma di diritto interno si ponga in contrasto i principi CEDU, alla luce

⁶³ Ai creditori che invocano contro il socio pubblico la *ratio* dichiarata dalla Suprema Corte dell'estensione della giurisdizione contabile alla società *in house* (ossia la circostanza che «a tali società non è quindi applicabile il principio, operante in tema di società di capitali e normalmente riferibile anche a quelle a partecipazione pubblica, secondo cui la distinzione tra la personalità giuridica della società e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi non consentono di riferire al patrimonio del socio il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente»), viene risposto che ciò, però, varrebbe solo ai fini del riparto tra giurisdizione ordinaria e contabile Cass.civ., sez. un., 1° ottobre 2021, n. 26738, in *dejure.it*. Vedi tra le molte Cass. civ, sez. un., ord. 14 marzo 2022, n. 8186, in *ForoPlus*, la quale precisa come la società di capitali con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici (comune, provincia e simili) ne posseggono, in tutto o in parte, le partecipazioni, in quanto non assume rilievo alcuno, per le vicende della società medesima, la persona dell'azionista, sicché non sarebbe esclusa la alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti della pubblica amministrazione, il quale è pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverse dall'ente partecipante. Lo stesso varrebbe nel caso della società *in house*, dove il controllo analogo esercitato dall'ente pubblico sulla società consentirebbe allo stesso di rendere il legame partecipativo (solo) assimilabile ad una relazione interorganica, tanto che «questa relazione interorganica non incide affatto sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica, dovendosi mantenere infine pur sempre separati i due enti – quello pubblico e quello privato societario – sul piano giuridico formale, in quanto la società *in house* rappresenta pur sempre un centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante» (cfr. anche Cass. 22 febbraio 2019, n. 5346, *Foro it.*, *Rep.* 2020, voce *Fallimento*, n. 144; negli stessi termini Cass.civ, ord. 30 giugno 2020, n. 13160, in *ForoPlus*).

dell'interpretazione che ne è data dal diritto vivente, può essere dichiarata costituzionalmente illegittima⁶⁴.

E ciò sempre che la questione non venga preventivamente risolta a livello interpretativo, essendo ormai principio indiscusso presso la giurisprudenza costituzionale quello secondo cui il giudice nazionale, prima di sollevare una questione di costituzionalità, ha il dovere di ricercare sempre un'interpretazione della norma di legge in conformità degli obblighi CEDU⁶⁵.

Si può allora ritenere che il rispetto della proprietà e del giusto processo di cui alla CEDU, così come interpretati dal diritto vivente, impongano allo Stato o ad altro ente pubblico, in presenza dei presupposti delineati, di garantire la soddisfazione dei debiti che le società *in house* hanno nei confronti dei propri creditori, ove le stesse non siano in grado di farlo⁶⁶. E in questi termini i soci pubblici verrebbero a rispondere oltre lo schermo della società *in house*⁶⁷.

⁶⁴ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 34, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 25. Vedi più recentemente anche Cons. Stato, Ad.plen., 12 gennaio 2022, n. 1, § 6.

⁶⁵ Così, per prima, Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239, in *Foro it.*, 2010, 1, 345 («(...) in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa»). Sul tema, A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1 ss.

⁶⁶ In tale prospettiva, al fine di attribuire all'ente pubblico la responsabilità per atti, omissioni, debiti, delle società *in house*, sarebbe necessario- sulla base del citato orientamento giurisprudenziale- innanzitutto verificare, da un lato, che i crediti abbiano sufficiente base legale e siano accertati con sentenza passata in giudicato, e, dall'altro, che le stesse società possano considerarsi prive di autonomia istituzionale ed operativa rispetto al socio pubblico, altresì tenendo conto degli altri fattori rilevanti a tal fine, tra cui, in particolare, il ruolo che quest'ultimo può avere avuto nella creazione della situazione di insolvenza in cui le società si siano venute a trovare.

⁶⁷ Un altro esempio significativo, che necessiterebbe di essere rivisto alla luce dei principi CEDU, è quell'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009, ai sensi della quale «L'articolo 2497, primo comma, del codice civile, si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria». Tale disposizione, limitando gli strumenti di tutela dei soci e dei creditori di società soggette alla direzione e coordinamento dello Stato e creando un ingiustificato privilegio nei confronti di quest'ultimo, sembrerebbe infatti dar luogo ad un sospetto di illegittimità

Considerazioni non dissimili sono state effettuate dalla giurisprudenza contabile, la quale, partendo dal presupposto per cui la società *in house* è soggetto sostanzialmente pubblico, non ha mancato di sottolineare come non vi sarebbero ragioni per escludere che l'ente locale- che resta comunque titolare del servizio pubblico- debba far fronte ai debiti della propria società *in house* che non sono stati soddisfatti in seguito alla liquidazione per incapacità del capitale sociale, conclusione che risponderebbe all'esigenza di tutelare i creditori sociali, che, nel dare fiducia alla società, hanno indubbiamente fatto affidamento sulla natura pubblica della stessa e conseguentemente sulla quasi certezza di ottenere il soddisfacimento integrale del loro credito ⁶⁸.

9. Conclusioni.

costituzionale per violazione dei sopra citati principi CEDU, fatta salva la possibilità di addivenire ad un'interpretazione conforme alla stessa, che, in particolare, escluda dall'ambito dell'esenzione gli enti pubblici non statali.

⁶⁸ Così, Corte conti, sez. reg. contr. Piemonte, 19 gennaio 2012, n. 3, in www.corteconti.it. Tuttavia, la giurisprudenza contabile non perviene mai ad ammettere il superamento della autonomia patrimoniale perfetta della società *in house*. In particolare, precisa come l'interesse dei creditori non sia sufficiente a giustificare l'assunzione da parte dell'ente pubblico di debiti non soddisfatti dalla società *in house* in liquidazione, Corte conti, sez. reg. contr. Liguria, delibera 28 novembre 2013, n. 13/2013: «(...) nelle società *in house* la responsabilità patrimoniale dei soci è quella prevista dal diritto comune e di conseguenza non sussiste in capo al Comune alcun obbligo di assumere a carico del proprio bilancio i debiti societari rimasti insoddisfatti all'esito della procedura di liquidazione. Qualora l'Ente, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decidesse di accollarsi i debiti non onorati al termine della procedura liquidatoria dovrà rinvenire un superiore interesse pubblico che va però concretamente individuato e di cui va data congrua motivazione. Solo in tal caso si potrebbe giustificare la rinuncia da parte dell'Ente alla delimitata responsabilità patrimoniale della sua veste di socio così come previsto dal diritto societario. Rinuncia che deve poggiare, poi, non solo su un'accertata utilità per l'Ente ma anche su condizioni finanziarie che permettano l'operazione di accollo dei debiti». Tale pronuncia è richiamata anche da Corte dei conti, sez. contr. Emilia Romagna, 9 gennaio 2025, n. 4, in www.corteconti.it. In altre occasioni, la Corte dei conti ha sottolineato come una soluzione volta ad ammettere una responsabilità patrimoniale del socio pubblico si porrebbe in tensione con le regole di contabilità pubblica, essendo inammissibile- in quanto in contrasto con l'art. 81 Cost.- una spesa di ammontare indeterminato come quella che sorgerebbe nel caso in cui la pubblica amministrazione, socia unica, si trovasse a rispondere delle obbligazioni sociali sorte durante il periodo del controllo totalitario (Corte conti, sez. reg. contr. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 235).

Se l'estensione del descritto insegnamento CEDU alle società *in house* trovasse seguito presso la nostra giurisprudenza, gli effetti che ne discenderebbero sarebbero dirompenti, portando l'ente pubblico, che esercita sulla stessa penetranti poteri (al punto tale da privarla di autonomia soggettiva e decisionale), a rispondere dei suoi debiti (in via diretta o in sede di regresso da parte dello Stato) e, ove non ne sia in grado, ad entrare in dissesto.

Tutto ciò, in prospettiva, potrebbe avere delle ricadute sull'utilizzo dell'*in house providing* da parte delle p.a., determinandone l'abbandono- magari a favore di figure quali l'azienda speciale *ex art. 114 TUEL*- se non disposte ad assumersi tali rischi, o, come auspicabile, incentivando l'esercizio del controllo analogo secondo modalità compatibili con il rispetto dell'interesse della società *in house* e quindi anche in funzione di prevenzione della crisi (situazione nella quale, oltretutto, i poteri dei soci anche pubblici verrebbero ridimensionati a favore dei creditori sociali)⁶⁹.

In altri termini, a seconda che l'esercizio del controllo analogo sia esercitato in modo compatibile con i principi del diritto societario o con modalità tali da asservire la società *in house* alla volontà pubblica e compromettere la vocazione lucrativa che si deve necessariamente riconoscere alla stessa, il socio pubblico potrà incorrere o meno nelle conseguenti responsabilità (per violazione degli obblighi CEDU o quantomeno, ove ve ne siano i presupposti, *ex art. 2497, comma 1, c.c.*).

Sotto un profilo più generale, si è avuto occasione più volte di ribadire come tra l'*in house providing* e i principi dell'ordinamento interno vi sia una

⁶⁹ Sul tema G. COLTRARO, *La prevalenza dell'interesse (extra sociale) della P.A. sull'interesse dei creditori della società pubblica nella fase di crisi e di insolvenza tra CCII e TUSP*, in *Giust.civ.*, 2024, 117 ss.; E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis, CCII*, in *Dir.ec.*, 2023, 169 ss., spec. 172 ss.; più in generale, D. GALLETI, *Una postilla sugli interessi tutelati nel moderno diritto societario "in crisi"*, in *R.D.S.*, 2023, 243 ss.

incompatibilità di fondo che nemmeno il TUSP (che, pure, ha effettuato un tentativo in tal senso), è riuscito a superare⁷⁰.

Se, infatti, l'attuale tendenza dell'ordinamento è quella di riportare la disciplina delle società *in house* entro schemi privatistici, perciò determinando necessariamente un ridimensionamento del controllo analogo rispetto all'originario modello comunitario, può però sorgere il dubbio che una sua versione "affievolita" si ponga in contrasto con quest'ultimo (che, come precisato, invece consente alla p.a. di ricorrere all'*in house providing* solo ove questa e la società affidataria costituiscano un'unica entità)⁷¹.

E tale incompatibilità parrebbe addirittura accentuata a seguito dell'espressa inclusione delle società *in house* nell'ambito di applicazione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, scelta che - sia pure con il limite della salvezza delle disposizioni di legge speciale sulla crisi di impresa delle società pubbliche (art. 1, comma 3, CCII) - ne implica la soggezione anche a quelle norme che, essendo volte a tutelare l'interesse prioritario dei creditori, sembrerebbero destinate a prevalere anche su legittime esigenze pubblicistiche o comunque si porrebbero in conflitto con esse⁷².

⁷⁰ Sia consentito rinviare a E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo*, cit., 149 ss.

⁷¹ Vedi Anac, *Atto di segnalazione n. 4 del 29 novembre 2017, Concernente le società in house delle amministrazioni dello Stato e il controllo analogo alla luce dell'art. 9, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, in cui si sottolinea come la disciplina introdotta dal testo unico sollevi alcune incertezze interpretative per quanto riguarda, in particolare, le condizioni di legittimità dell'affidamento *in house* e la definizione del controllo analogo, profili rispetto ai quali l'esigenza di chiarezza del quadro normativo si presenterebbe con «pregnante urgenza».

⁷² Emblematico in tal senso pare l'art. 120-bis, CCII, che, prevedendo la competenza esclusiva degli amministratori con riguardo tanto all'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi quanto al contenuto del piano nonché alle modifiche dell'atto costitutivo, esclude la possibilità per i soci pubblici di decidere anche su materie rientranti nel controllo analogo (sul tema sia consentito rinviare a E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo*, cit., spec. 183 ss.; si veda anche Trib. L'Aquila, sez.spec.impr., 18 aprile 2023, in *Soc.*, 2023, 1088 ss., con nota di E.CODAZZI, *Accesso agli strumenti di regolazione della crisi e revoca degli amministratori di società in house: un'applicazione dell'art. 120-bis, comma 4, CCII*,

In questo quadro generale, pare che il citato indirizzo della Corte EDU, portando lo Stato (o altro ente pubblico) a rispondere - in presenza dei presupposti e dei limiti indicati- per atti, omissioni o debiti delle società poste sotto il suo controllo, sia coerente con quell'impostazione sostanzialistica che - secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE- giustificherebbe la possibilità per la p.a. di ricorrere all'*in house* (ovvero, l'assenza di terzietà tra l'ente affidatario e quello pubblico affidante)⁷³.

In tal modo, l'*in house providing* si ricongiungerebbe alla sua origine comunitaria, trovando- perlomeno sotto il profilo della responsabilità del socio pubblico- una sua coerenza.

e in *Dir.fall.*, 2024, II, con nota di F. VIOLA, *Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e revoca degli amministratori di società in house*).

⁷³ Tale orientamento sembrerebbe accostabile a quello della Corte Suprema U.S.A. sulle società federali, che, allo stesso modo, si propone di impedire che l'ente pubblico possa avvantaggiarsi dello schermo della personalità giuridica per non adempiere i suoi obblighi: vedi *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*, 513 U. S. 374, 397 e, più recentemente, *Joseph R. Biden, President of the United States, et al. v. Nebraska, et al.*, 600 U.S. 477 (2023). Potrebbero rinvenirsi delle analogie con il cd. *piercing the corporate veil* (anche se, per determinare l'insorgere della responsabilità statale, non è necessario il compimento di un abuso eclatante, da parte dello Stato o altro soggetto pubblico, essendo sufficiente che lo stesso non abbia adempiuto i suoi poteri-doveri di vigilanza sulla società), nonché, con quell'orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto *antitrust*, che, partendo dal presupposto per cui il gruppo di società costituisce un'unica impresa, fa discendere in capo alla società madre una responsabilità per gli illeciti anticoncorrenziali delle società figlie (sul punto, C. PICCIAU, *Singola entità economica e responsabilità civile «di gruppo» nella giurisprudenza antitrust della Corte di Giustizia*, in *Riv.soc.*, 2024, 187 ss.).