

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE / DICEMBRE

2024

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI, PAOLA
LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO
MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO
PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO
QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA (SECRETARIO DI
REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Società *in house* e art. 120-bis del Codice della crisi: un rapporto (ancora) *in fieri*

SOMMARIO: 1. Sul rapporto tra diritto della crisi d'impresa e società pubbliche: una premessa. – 2. Gli artt. 120-bis e ss. del d.lgs. n. 14/2019 e la loro problematica applicazione alle società *in house providing*. – 3. Il ruolo del socio pubblico prima dell'accesso allo strumento di regolazione della crisi. – 4. Il socio pubblico e la fase successiva all'accesso allo strumento di regolazione della crisi. – 4.1. (segue) Il diritto dei soci di ricevere informazioni sull'andamento della procedura. – 4.2. (segue) Il contenuto del piano: modifiche statutarie, operazioni sul capitale e straordinarie. – 5. La responsabilità dell'organo gestorio nella conduzione del risanamento della società pubblica. – 6. Sintesi dei risultati raggiunti e un pronostico conclusivo.

1. Sul rapporto tra diritto della crisi d'impresa e società pubbliche: una premessa.

Come è noto, il modulo dell'*in house providing* rappresenta una delle possibili opzioni a disposizione della pubblica amministrazione per l'affidamento diretto di lavori o servizi¹, sempre che coesistano alcuni requisiti legittimanti la deroga alla gara pubblica, ovvero l'esercizio del controllo analogo da parte della pubblica amministrazione affidante, la dedizione dell'attività in via prevalente (sempre) alla pubblica amministrazione e la partecipazione al capitale sociale da parte di quest'ultima, con una (eventuale e) limitata percentuale di soci privati².

¹ Ciò è consentito, in generale, sia dal Codice dei contratti pubblici (art. 7 del d.lgs. n. 36/2023) sia, per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dall'art. 14 del d.lgs. n. 201/2022. Tale ultima norma prospetta, difatti, quattro modalità di gestione del servizio pubblico, ovvero l'affidamento (a) a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, (b) a società mista e, infine, (c) a società *in house*. Resta ammessa la gestione in economia o mediante aziende speciali, «limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete».

² La partecipazione del socio privato non deve comportare controllo o potere di veto o l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata. Sui requisiti che legittimano il ricorso alla società domestica v., tra gli altri, i contributi di: V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer, 2016, 1039 ss.; C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, 2021, e M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 196 ss.

Le caratteristiche tipologiche della società *in house providing* lasciano intravedere le (non poche) difficoltà nell'ipotesi in cui una società di questo tipo (ma discorso analogo potrebbe essere svolto – *mutatis mutandis* – per quelle a partecipazione pubblica) venga assoggettata a una procedura concorsuale. E questo vale, *a fortiori*, nel caso in cui la società domestica sia affidataria della gestione di servizi pubblici locali.

In questa prospettiva, problemi di compatibilità potrebbero attingere, prima di tutto, la continuità del servizio esercitato dalla società affidataria; servizio che solitamente assume i connotati del servizio pubblico: gli utenti potrebbero difatti ritrovarsi privati dell'erogazione del servizio in ragione degli effetti (noti) che conseguono alla sottoposizione di un ente a una procedura concorsuale. Non meno importanti sarebbero le conseguenze ricollegabili alla gestione dell'impresa (pubblica) insolvente da parte di un soggetto (su tutti, il curatore) il quale deve “gestire” l'impresa avendo riguardo all'interesse dei creditori (e, solo in via eventuale e/o subordinata, a quello degli utenti o, più in generale, degli *stakeholders*).

Incertezza ulteriore potrebbe riguardare la sorte proprio del modello organizzativo in discorso nella sede concorsuale: di non semplice soluzione è, difatti, il dubbio relativo alla sopravvivenza delle clausole – in particolare, di quelle inserite nello statuto sociale (v., su tutte, la deroga all'art. 2380-*bis* c.c.) – idonee a realizzare il rapporto organico tra ente locale e società *in house providing*³.

Vero è tuttavia che, a monte, la questione relativa alla fallibilità (oggi alla procedura di liquidazione giudiziale) della società pubblica e, per quel che rileva in questa sede, della società *in house providing* parrebbe ormai risolta grazie ad alcuni (inequivocabili) indici di carattere normativo.

Tra questi, è possibile citare, in termini paradigmatici, l'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 (T.u. partecipate) che ha previsto l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo e, più di recente, l'art. 1, comma 3, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019), il

³ Simili interrogativi risultano essere stati affrontati, in dottrina, prima della riforma introdotta dal Codice della crisi d'impresa da D. DE FILIPPIS, *La garanzia della continuità del servizio pubblico locale nella crisi e nell'insolvenza delle società pubbliche affidatarie del servizio*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 731 ss.

quale, nel fare salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche, ha implicitamente confermato la generale applicabilità della disciplina sulla crisi d'impresa anche a tali società⁴.

Sul piano interpretativo, residua, nondimeno, un problema che afferisce all'adeguamento di alcune delle disposizioni dettate dal Codice della crisi alle società pubbliche e, in particolare, a quelle *in house providing*.

2. Gli artt. 120-bis e ss. del d.lgs. n. 14/2019 e la loro problematica applicazione alle società *in house providing*.

Tra le norme che la recente sopravvenienza legislativa in materia di crisi d'impresa ha dedicato alla gestione della società insolvente e/o in crisi e che, nella nostra prospettiva, potrebbero far sorgere qualche problema di coordinamento con la disciplina relativa alle società pubbliche, è possibile annoverare quelle dettate nella sezione VI-bis del Titolo IV del Codice della crisi relativa agli *strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società*.

In sintesi, l'art. 120-bis prevede che: (i) «l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano» (comma 1); (ii) «ai fini del buon esito della ristrutturazione il piano può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni» (comma 2); (iii) «gli amministratori sono tenuti a informare i soci dell'avvenuta decisione di accedere a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e a riferire periodicamente del suo andamento» (comma 3); (iv) i soci non possono revocare gli amministratori che abbiano presentato una

⁴ Sul tema sia consentito il rinvio a C.L. APPIO, D. DE FILIPPIS, *Sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 664 ss., e più di recente, con particolare riguardo alle società *in house providing*, C. GARILLI, *Società in house e crisi d'impresa alla luce dell'art. 14 TUSP*, in *Società*, 2021, 1055 ss.

domanda di accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, a meno che non ricorra una giusta causa⁵.

I meccanismi che consentirebbero un'attuazione "coattiva" dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono altresì contemplati, nella fase "esecutiva", dall'art. 120-*quinquies*. Tale norma prevede che, con l'omologazione, si *determinino «la riduzione e l'aumento del capitale e le altre modificazioni statutarie nei termini previsti dal piano»*; inoltre, sempre il provvedimento di omologazione *«demanda agli amministratori l'adozione di ogni atto necessario a darvi esecuzione e li autorizza a porre in essere (...) le ulteriori modificazioni statutarie programmate dal piano»*⁶.

L'impressione è che le norme menzionate avrebbero quale comune denominatore la (notevole) "compressione" delle prerogative decisionali/organizzative dei soci nel contesto della procedura di regolazione della crisi che la società abbia eventualmente attivato. E, ciò, secondo la Relazione illustrativa, sarebbe dovuto al fatto che

⁵ Giusta causa che non può essere rappresentata dalla presentazione della domanda di accesso alla procedura. Sulla portata di tale disposizione v., di recente, il decreto del 18 aprile 2023 del Tribunale di L'Aquila sul quale si tornerà nel prosieguo e che è stato oggetto di particolare attenzione da parte dei commentatori: v. 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 *Società*, 2023, 1094 ss., e F. VIOLA, *Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e revoca degli amministratori di società in house*, in *Dir. fall.*, 2024, II, 384 ss.

⁶ Le norme menzionate sono state oggetto di commento, in dottrina, da parte di N. MICHIELI, *Il ruolo dell'assemblea dei soci nei processi ristrutturativi dell'impresa in crisi alla luce del d.lgs. n. 83/2022*, in *Riv. soc.*, 2022, 843 ss.; F. GUERRERA, *L'espansione della regola di competenza esclusiva degli amministratori nel diritto societario della crisi fra dogmatismo del legislatore e criticità operative*, in *Riv. soc.*, 2022, 1271 ss.; M.S. SPOLIDORO, *I soci dopo l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi*, in *Riv. soc.*, 2022, 1254 ss.; A. ROSSI, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice*, in *Società*, 2022, 945 ss.; R. BROGI, *I soci e gli strumenti di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 2022, 1290 ss.; R. RORDORF, *I soci di società in crisi*, in *Società*, 2023, 1138 ss.; P. BENAZZO, *Gli strumenti di regolazione della crisi delle società e i diritti "corporativi": che ne resta dei soci?*, in *dirittodellacrisi.it*, articolo del 4 dicembre 2023, e, specialmente per la possibilità dell'interpello dei soci per la programmazione della gestione della crisi o dell'insolvenza, F. VIOLA, *Sul problematico coinvolgimento dei soci nella decisione di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2023, 974 ss.

l'avvio della ristrutturazione dei debiti e la definizione del contenuto del piano costituirebbero «*esecuzione degli obblighi (degli amministratori) di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, previsti dall'articolo 2086, secondo comma, del codice civile*»⁷.

Vero è, ancora, che le disposizioni menzionate costituiscono trasposizione nel diritto interno di quanto previsto dalla Direttiva c.d. Insolvency⁸ la quale, all'art. 12, impone(va) agli Stati membri di provvedere affinché «*ai detentori di strumenti di capitale non sia consentito di impedire o ostacolare irragionevolmente l'attuazione di un piano di ristrutturazione*». Sicché, in dottrina, la lettura alquanto condivisa è nel senso di ritenere che le norme prima citate abbiano inteso, in continuità con gli obblighi di attivazione gravanti sugli amministratori, “estromettere” i soci dall'esecuzione dello strumento di regolazione della crisi⁹, sul presupposto che questi potessero porre in essere, nell'esercizio dei propri diritti, condotte ostative all'esecuzione dello strumento di regolazione della crisi¹⁰.

Se questo è il quadro normativo (e le relative finalità), il passaggio ulteriore consiste nell'accertare se siffatte norme siano applicabili alle

⁷ Cfr. la Relazione illustrativa *sub* art. 25 del d.lgs. n. 83/2022.

⁸ Trattasi della Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

⁹ Molto incisive, sul punto, si rivelano le osservazioni di F. GUERRERA, *L'espansione della regola di competenza esclusiva*, cit., 1292, per il quale i diritti di soci e investitori «“scolorano” – a prescindere dalla loro indiscussa subordinazione, in linea di principio, ai diritti dei creditori sociali (...) – al rango di interessi largamente, se non liberamente (stanti i limiti posti dagli artt. 41 e 42 Cost.), disponibili da parte dei soggetti funzionali depositari del potere di ristrutturazione della società in crisi: gli amministratori e il tribunale, con i suoi ausiliari».

¹⁰ Invero, 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 *Il diritto dell'economia*, 2023, 186, ha obiettato come l'intervento del legislatore interno sia stato comunque sproporzionato rispetto ai fini che si proponeva la Direttiva «ove si consideri che lo stesso non si è avvalso della facoltà – pure consentita – di adattare alla natura e alle dimensioni dell'impresa il significato da attribuire al divieto di “impedire od ostacolare irragionevolmente” l'adozione del piano di ristrutturazione». Dello stesso avviso pare, prima ancora, anche F. GUERRERA, *L'espansione della regola di competenza esclusiva*, cit., 1282.

società *in house providing* in ragione delle caratteristiche tipologiche di queste ultime, già prima descritte.

Si è rilevato come nelle società *in house providing* sarebbe strutturale l'influenza determinante del socio pubblico sulle materie di carattere strategico, quali, per l'appunto, l'individuazione degli strumenti per il superamento della crisi e delle operazioni straordinarie correlate alla sua attuazione (con la precisazione che le operazioni sul capitale sociale coinvolgerebbero il socio pubblico che è soggetto al noto divieto di soccorso finanziario¹¹)¹².

Con specifico riguardo all'art. 120-*bis* del Codice della crisi, sono, quindi, state avanzate diverse opzioni interpretative che spaziano dall'inapplicabilità della norma alla società domestica alla sua applicabilità *tout court*, proponendosi, finanche, un'applicazione con adattamenti.

Quanto alla tesi dell'inapplicabilità della norma (e di quelle altre pure dettate all'interno della medesima sezione) alle società *in house*, la stessa sarebbe contraddetta dall'assenza di preclusioni contenute nella disciplina di cui al d.lgs. n. 175/2016, che, anzi, non occupandosi di quanto previsto dall'art. 120-*bis* del Codice della crisi, necessiterebbe di essere "integrato" proprio richiamando la norma di carattere generale¹³.

D'altra parte, se l'applicazione alla società affidataria in via diretta potrebbe trovare conferma nel primo (e, al momento, a quanto consta,

¹¹ Trattasi, nello specifico, di quanto previsto dall'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175/2016. Sul tema v., tra i contributi più recenti, 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, 141 ss.

¹² Il punto viene evidenziato, specialmente, da E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house*, cit., 187.

¹³ In tal senso è orientata pure E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house*, cit., 188 – 189, la quale aggiunge che «mentre la Direttiva attribuisce agli ordinamenti nazionali la possibilità di esonerare specifiche figure in quanto sottoposte ad un regime speciale (...), la tendenza del legislatore interno è invece quella di estendere l'applicazione di tali disposizioni, in quanto compatibili, anche agli imprenditori collettivi diversi dalle società (art. 120-*bis*, comma 6)».

unico) provvedimento in argomento¹⁴, essa potrebbe, in effetti, comportare qualche adattamento.

In particolare, la dottrina che si è interrogata sul punto ritiene che la situazione del socio pubblico sarebbe diversa da quella del socio che abbia interesse a interferire, in modo opportunistico, sull'accesso e sulla gestione della crisi, dovendo l'esercizio da parte dello stesso socio di un'influenza determinante su materie strategiche e significative per la società essere qualificata alla stregua di una condizione di esistenza della stessa fattispecie *in house providing*¹⁵.

Ora, anche a voler prescindere da simili proposte ricostruttive, che, comunque, pongono il problema di operare un'interpretazione "adeguatrice" delle disposizioni in questione rispetto alle società domestica (v. anche *infra*)¹⁶, è possibile procedere all'esame delle diverse questioni che si proveranno di seguito ad affrontare nella consapevolezza dell'applicabilità dell'art. 120-bis (e delle altre norme che formano la stessa sezione) alle società *in house providing*.

3. Il ruolo del socio pubblico prima dell'accesso allo strumento di regolazione della crisi.

È allora possibile passare a esaminare la prima delle previsioni di cui al citato art. 120-bis, ovvero quella che consente all'organo gestorio di decidere – *in via esclusiva* – l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, determinandone anche il contenuto della

¹⁴ Cfr. il richiamato provvedimento del 18 aprile 2023 emesso dal Tribunale di L'Aquila: nel decreto si dà, in effetti, per pacifica l'applicazione dell'art. 120-bis.

¹⁵ E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house*, cit., 191, distingue, allora, tra l'esercizio «fisiologico» del controllo analogo e l'intervento del socio pubblico che «possa ingiustificatamente rallentare la risoluzione della crisi e l'adozione di adeguate misure di risanamento», esponendo il socio medesimo alle conseguenti responsabilità e intestando agli amministratori il compito di trovare «di volta in volta soluzioni atte a risolvere il conflitto tra l'esigenza di attuare il controllo analogo e quella di consentire una rapida gestione della crisi attraverso gli strumenti più appropriati».

¹⁶ Operazione, peraltro, non nuova dal punto di vista ermeneutico con riguardo alle società pubbliche: si veda, in tal senso, il tentativo posto in essere da D. DE FILIPPIS, *Composizione negoziata della crisi e società pubbliche. Spunti per un'interpretazione «adeguatrice»*, in *I Battelli del Reno*, 2022, 1 ss., a proposito della disciplina in tema di composizione negoziata della crisi.

proposta e le condizioni del piano. La stessa norma, al comma 3, grava, poi, l'organo amministrativo dell'obbligo dell'informativa ai soci della decisione di accedere allo strumento prescelto.

Se, in generale, la soluzione di assegnare alla competenza esclusiva degli amministratori di tutte le società la verifica delle condizioni di crisi e di insolvenza e quella di decidere quale strumento di regolazione della crisi adottare parrebbe coerente con il sistema che intesta proprio agli amministratori una gestione improntata alla prevenzione della crisi, avuto riguardo specialmente al novellato art. 2086 c.c.¹⁷, qualche dubbio sorge a proposito della coerenza di tale previsione con le caratteristiche “tipologiche” della società domestica.

Difatti, nel caso delle società pubbliche *in house providing*, come detto, vige una stretta relazione che connota i rapporti tra i soci e la *governance*, con la conseguenza che potrebbe prospettarsi la necessità, al contrario di quanto accade nelle società di diritto comune, di coinvolgere i soci nella scelta di sottoporre la società domestica a una procedura concorsuale.

In questo senso, potrebbero convergere alcuni argomenti, quali: (i) l'esigenza di contemperare, nella decisione di accedere a uno strumento di regolazione della crisi, la pletora di interessi che vengono in evidenza; contemperamento che, nel caso di società affidataria della gestione di un servizio pubblico, solo l'ente locale-socio parrebbe in grado di effettuare, tra l'altro, con la garanzia della continuità nell'erogazione del servizio; (ii) sul piano più strettamente societario, la competenza esclusiva dell'organo amministrativo sembrerebbe confliggere con la (eventuale) presenza, all'interno dello statuto societario, di clausole essenziali per integrare il requisito del controllo analogo (v., su tutte, la già citata deroga all'art. 2380-*bis* c.c.).

In un caso e nell'altro, la norma del Codice della crisi andrebbe dunque a comprimere prerogative o, finanche, a “neutralizzare” deroghe al diritto societario che lo stesso Testo unico ha ammesso. Né basterebbe sostenere che, per impedire una simile conseguenza, il socio pubblico sarebbe coinvolto, nella decisione di accedere a uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, *ex post*, ovvero per mezzo dell'informativa – prevista per legge – sulla decisione assunta (*rectius*,

¹⁷ In tal senso è l'opinione, tra gli altri, di N. MICHIELI, *Il ruolo dell'assemblea*, cit., 869.

come dice la legge, *avvenuta*) di accedere a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Un coinvolgimento di questo tipo sarebbe, a dir poco, sproporzionato a fronte di così estese prerogative riconosciute al socio pubblico.

Questo autorizzerebbe, perlomeno in astratto, l'interprete a proporre soluzioni interpretative idonee a "rivedere" l'applicazione del precetto che vorrebbe i soci pubblici del tutto estromessi dalla condivisione della scelta, nel caso di società *in house providing*.

Un ostacolo a una simile iniziativa sarebbe rappresentato, tuttavia, dall'assenza di deroghe (testuali) nella norma del Codice della crisi; né, in tal senso, potrebbe considerarsi utile invocare il precetto dello stesso Codice (art. 1, comma 3) che fa salve «*le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche*», dovendosi constatare come, nel Testo unico partecipate, non vi sia una norma che si riferisca (né in modo esplicito né, tantomeno, in modo implicito) alla fattispecie che si sta considerando¹⁸.

Peraltro, anche nel citato provvedimento che, per primo, ha affrontato l'applicazione dell'art. 120-*bis* a una società domestica è stato affermato che la decisione di accedere a una procedura concorsuale non necessiterebbe di preventivi confronti, pareri o approvazioni di sorta da parte degli altri organi sociali, spettando la decisione, in via esclusiva, all'organo amministrativo.

Insomma, soppesando le ragioni favorevoli e contrarie, il tentativo interpretativo prospettato poco prima sembra, immediatamente, arenarsi. Gli argomenti in senso contrario parrebbero, in effetti, maggiormente solidi. Difatti, pur tralasciando la pronuncia giurisprudenziale citata (la quale ben potrebbe essere superata, in un futuro prossimo, da orientamenti successivi di segno contrario: v., in generale, anche *infra*), ostativa sarebbe, in special modo, l'impossibilità di disapplicare una norma valida per tutte le società.

¹⁸ Sul punto, v. pure E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house*, cit., 191.

4. Il socio pubblico e la fase successiva all'accesso allo strumento di regolazione della crisi.

Proseguendo nell'esame della posizione del socio pubblico in pendenza della procedura concorsuale azionata, si possono, a questo proposito, distinguere tra due momenti: il primo è collegabile a quello appena analizzato, ovvero il diritto dei soci di ricevere informazioni in pendenza della procedura, l'altro riguarda, invece, il contenuto del piano.

4.1. (segue) Il diritto dei soci di ricevere informazioni sull'andamento della procedura.

Come detto, l'art. 120-*bis* contempla, tra l'altro, l'obbligo per gli amministratori di riferire periodicamente ai soci sull'andamento della procedura cui abbiano ritenuto di accedere. Commentando tale previsione, la dottrina ha ritenuto che: (i) la sede "naturale" di siffatte comunicazioni dovrebbe essere l'assemblea, ancorché la legge non escluda altre forme (e sedi) di informazione; (ii) la periodicità della comunicazione non è stabilita per intervalli di tempo determinati, ma occorre aver riguardo a «criteri che realizzino un ragionevole equilibrio tra contrastanti esigenze, non ultima quella dell'efficienza dell'azione amministrativa»; (iii) l'operato degli amministratori, nell'effettuare l'informativa in questione, dovrebbe essere improntato a correttezza e buona fede¹⁹.

In sintesi, parrebbe pacifico che, nei confronti del socio, sia dovuta una costante e aggiornata informativa da parte dell'organo gestorio sulla procedura; per converso, al medesimo socio è attribuibile l'esercizio di prerogative di carattere informativo attinenti all'andamento della procedura medesima.

Trattasi, ad ogni modo, di diritti che si appalesano tanto più essenziali al cospetto del socio pubblico che rimarrebbe, comunque, titolare del controllo analogo sulla società partecipata, con un aggravio – è da ritenere – delle responsabilità dell'organo gestorio in difetto di adempimento dell'obbligo in discorso o (il che è lo stesso) in caso di suo negligente adempimento.

¹⁹ Così M.S. SPOLIDORO, *I soci dopo l'accesso*, cit., 1257.

Ma, sugli strumenti per far valere le responsabilità dell'amministratore di società sottoposta a una procedura concorsuale si tornerà a breve.

In particolare, l'eventuale scostamento da quanto previsto nel piano, anch'esso oggetto di apposita informativa ai soci, avrebbe conseguenze di non poco momento, determinando l'insostenibilità del piano medesimo e, in definitiva, l'impossibilità di darvi attuazione, con conseguente necessità di provvedere alle opportune modifiche, ove possibili²⁰. Sicché, in questi casi, dovrebbe procedersi, per l'appunto, alla convocazione del comitato per il controllo analogo (o organi simili), se esistente, o dell'assemblea per rendere i soci informati sullo stato di avanzamento del piano e sulle iniziative idonee a modificarlo per darvi corretta esecuzione.

Da tanto deriverebbe l'obbligo (in realtà, sussistente *ex lege*) in capo all'organo amministrativo e di controllo di verificare attentamente l'esecuzione del piano e segnalare tempestivamente eventuali scostamenti. E, in questa prospettiva, anche gli enti locali-soci dovrebbero, nelle sedi opportune (per esempio, il comitato per il controllo analogo, ove costituito) e con i mezzi di maggiore trasparenza possibile, proporre apposite richieste all'organo gestorio. All'esito della acquisizione delle predette informative, potrà valutarsi, come detto, la rilevanza di eventuali scostamenti sul piano e la necessità di apportare modifiche.

Insomma, al socio della società *in house* spetta il diritto a essere informato sull'andamento della procedura concorsuale pendente nei termini appena enunciati. È appena il caso di ribadire che il diritto in questione è da reputarsi, in ogni caso, "rafforzato" rispetto a quello *ordinariamente* esercitabile da parte del socio di società di diritto comune, in considerazione di quell'ingerenza tipica (e ontologica) della pubblica amministrazione-socia sulla gestione della società, anche se in crisi. Il tutto anche nella prospettiva di evitare eventuali responsabilità, anche per condotte omissive, da eterodirezione dell'ente socio (su cui v. *infra*).

²⁰ Si pensi, a tacer d'altro, a quanto previsto per l'accordo di ristrutturazione dei debiti dall'art. 58, comma 2, del Codice della crisi. In termini più ampi, è possibile considerare quanto previsto dal secondo comma dell'art. 120-*bis* che, con l'inciso «*anche modificato prima dell'omologazione*», sembra riferirsi proprio all'eventualità ipotizzata nel testo.

4.2. (segue) *Il contenuto del piano: modifiche statutarie, operazioni sul capitale e straordinarie.*

Si è detto che, nella “compressione” dei diritti di partecipazione dei soci, rientra anche l’impossibilità, per questi, di condizionare, con una loro deliberazione, le decisioni sull’attuazione di operazioni (sul capitale o straordinarie) idonee a incidere direttamente sui loro diritti. Operazioni che potrebbero finanche condurre alla “soppressione” della posizione stessa del socio. Per far questo, il citato art. 120-*quinquies* non richiederebbe neppure il passaggio assembleare, essendo, sotto questo profilo, sufficiente il provvedimento di omologazione, che, tra l’altro, autorizzerebbe gli amministratori a compiere ogni ulteriore modificazione statutaria programmata dal piano.

Invero, simili operazioni paiono suscettibili di mettere a repentaglio la sopravvivenza del modello stesso delle società partecipate da una pubblica amministrazione, *in house* o miste, portando a una sostanziale disapplicazione – in difetto, allo stato, di disposizioni di coordinamento tra i due “sistemi” normativi – delle norme del d.lgs. n. 175/2016.

Problemi di compatibilità potrebbero prospettarsi, partitamente, nella parte in cui la norma consente all’organo gestorio «*qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice*», «*limitazione o esclusione del diritto d’opzione*» o «*altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci*», oltre che «*fusioni, scissioni e trasformazioni*».

Per le società a partecipazione pubblica valgono, com’è noto, regole che impongono il coinvolgimento, a livello procedimentale, della pubblica amministrazione in caso, a tacer d’altro, di vincoli d’attività, costituzione, modifiche significative dell’oggetto sociale, trasformazione e alienazione della partecipazione sociale²¹. Ma, quello che desta maggiori timori sul piano della coerenza del sistema della crisi dell’impresa pubblica sarebbe la possibilità, in astratto ammessa dalle norme valide per le società di diritto comune, di apportare modifiche allo statuto, nonché di ridimensionare, con la limitazione o

²¹ Cfr., segnatamente, l’art. 10 del Testo unico partecipate: per un commento alla norma v., tra i più recenti, quello di F. FRENI, *Sub art. 10*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, 275 ss.

l'esclusione del diritto d'opzione, la partecipazione del socio pubblico alla società *in house providing*.

L'impressione è che le modifiche allo statuto della società domestica non potrebbero andare a incidere su quelle norme dello statuto idonee a configurare *tipologicamente* tale società: così sarebbe, per citarne alcune, per la già richiamata deroga all'art. 2380-*bis* c.c. oppure l'istituzione di uffici di controllo interno a norma dell'art. 6, comma 3, lett. b) del Testo unico partecipate oppure, ancora, la dedizione, prevista dallo statuto, di oltre l'ottanta per cento del fatturato per lo svolgimento dei compiti affidati alla società dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

Ragionando diversamente, si consentirebbe all'organo gestorio – che pure sarebbe espressione dell'ente pubblico-socio – di realizzare un vero e proprio “colpo di mano” tale da ridimensionare il ruolo del socio stesso o, specialmente in caso di società pluripartecipata, liberarsi dell'ente pubblico-socio “sgradito” a quello di maggioranza; parallelamente, così facendo, si potrebbe finanche determinare il venire meno dei requisiti che legittimano l'affidamento in via diretta.

Certamente, in questa logica, non è possibile non considerare alcuni strumenti “difensivi” a disposizione del socio: a mente del comma 3 dell'art. 120-*quater*, il socio pubblico potrebbe opporsi all'omologazione²² oppure, prima ancora, in base all'art. 120-*bis*, comma 5, «*i soci che rappresentano almeno il dieci per cento del capitale sono legittimati alla presentazione di proposte concorrenti*».

Si tratterebbe, nondimeno, di rimedi che presentano qualche difficoltà applicativa. Il primo dovrebbe, infatti, misurarsi con l'alternativa liquidatoria. Nel discorso che si sta conducendo non è in discussione, tuttavia, l'eventualità che venga offerto al socio pubblico un trattamento più conveniente di quello che otterrebbe in caso di liquidazione, ma la circostanza che, a seguito delle modifiche statutarie, l'organo gestorio potrebbe operare “in solitaria”; situazione, quest'ultima, che, a ben vedere, non potrebbe fondare l'opposizione. Invece, la possibilità di presentare proposte concorrenti, da parte dei

²² In generale, com'è stato evidenziato da R. RORDORF, *I soci di società in crisi*, cit., 1147 s., il «principale strumento di difesa dei soci risiede nella possibilità di opporsi all'omologazione, qualora il concordato sarebbe per loro meno favorevole rispetto all'alternativa liquidatoria, come indicato dal comma 3 dell'art. 120-*quater* CCII».

soci, sarebbe comunque subordinata al raggiungimento di una percentuale del capitale sociale che, specialmente per la società *in house* pluripartecipata (ove si assiste, sovente, a una “polverizzazione” del capitale sociale), potrebbe non essere agevolmente raggiungibile.

Se si ritengono insufficienti siffatti congegni, l’alternativa al momento praticabile consiste nel proporre un adeguamento delle norme dettate per la crisi e l’insolvenza delle società, calandole nella disciplina propria di quelle pubbliche ed evitando, per tal via, quei conflitti fra i due diversi plessi normativi che metterebbero a serio rischio la coerenza interna del sistema.

5. La responsabilità dell’organo gestorio nella conduzione del risanamento della società pubblica.

Poco prima, si accennava alla possibilità che il non corretto adempimento da parte dell’organo gestorio nella conduzione del risanamento dell’impresa pubblica potrebbe determinare una responsabilità dell’organo medesimo nei confronti del socio; il che sollecita, in generale, la riflessione in merito alla sorte delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori in pendenza di una procedura concorsuale²³.

Per le società di diritto comune, è stato osservato come la responsabilità in cui potrebbero incorrere gli amministratori consisterebbe nella necessità di trovare una sintesi tra i vari interessi in gioco e, nello specifico, nella verifica se sia stata o meno giustificata la scelta di accedere a uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza piuttosto che, per esempio, “sondare” la disponibilità dei soci a intervenire con nuovi conferimenti o finanziamenti, oppure proporre, sin da subito, l’apertura della liquidazione giudiziale²⁴.

²³ Secondo A. SANTONI, *Doveri e responsabilità degli amministratori durante le procedure di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2023, I, 829, «per quanto attiene all’azione sociale di responsabilità, dal deposito della domanda di concordato fino alla relativa omologazione, la società e gli altri soggetti legittimati (...) conservano la legittimazione alla prosecuzione o all’esercizio dell’azione, senza necessità di autorizzazione del giudice delegato dal tribunale, non trattandosi di atto eccedente l’ordinaria amministrazione, bensì di un atto di realizzazione dell’attivo».

²⁴ In questi termini v. M.S. SPOLIDORO, *I soci dopo l’accesso*, cit., 1267, il quale richiama, nello specifico, l’art. 19 della già citata Direttiva *Insolvency* a mente del quale «gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista probabilità di

In quest'ambito, sempre secondo questa dottrina, più direttamente attinti, in caso di erronea (intesa come negligente, irragionevole o dolosa) scelta dello strumento di regolazione della crisi, sarebbero i soci e i creditori i quali potrebbero far valere ciascuno per sé il pregiudizio patito, se ricorrono gli altri presupposti per l'esercizio dell'azione²⁵.

Ancora in generale, sarebbe da valutare – tra i rimedi esperibili nei confronti dell'organo gestorio – la possibilità di procedere alla sua revoca, anche in assenza di una giusta causa. Il tema riguarda, in questo caso, la vigenza della previsione che impone, come visto sopra, che la revoca degli amministratori sia inefficace se non ricorre una giusta causa «*dalla iscrizione della decisione nel registro delle imprese e fino alla sua omologazione*». Secondo l'interpretazione che pare più persuasiva, dopo l'omologazione e «solo per fatti sopravvenuti», riprenderebbe, in ogni caso, vigore «l'ordinario regime di revocabilità degli amministratori senza necessità di alcun preventivo controllo giudiziario, salvo il diritto al risarcimento del danno sofferto dall'amministratore ingiustificatamente revocato»²⁶.

In linea di principio, le considerazioni appena svolte permettono di ritenere esperibili – in pendenza di una procedura concorsuale e sul presupposto che ricorrano le condizioni previste dalla legge –: (a) l'azione di responsabilità nei confronti dell'organo gestorio da parte della società sia per condotte anteriori all'attivazione dello strumento di regolazione della crisi lesive del patrimonio sociale sia per quelle condotte più direttamente collegate alla gestione della crisi (o dell'insolvenza), come, per citarne alcune, proprio il mancato o carente adempimento dell'obbligo di informativa ai soci sull'andamento della procedura; (b) l'azione di responsabilità esercitata dal singolo socio il

insolvenza, i dirigenti tengano debitamente conto come minimo dei seguenti elementi: a) gli interessi dei creditori, e dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi; b) la necessità di prendere misure per evitare l'insolvenza; e c) la necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa».

²⁵ Sempre per M.S. SPOLIDORO, *ivi*, 1268, «la società, allorché divenga insolvente, non abbia un proprio interesse a essere liquidata o ristrutturata in un modo o nell'altro»; del pari, la tutela dei creditori sociali «sembrerebbe (per quanto attiene alla loro considerazione come collettività all'interno di eventuali classi omogenee) inserita nella disciplina dei vari strumenti che disciplinano la crisi di impresa insolvente».

²⁶ Così R. RORDORF, *I soci di società in crisi*, cit., 1150.

quale potrebbe dolersi del pregiudizio patito in via diretta, per effetto di condotte dell'organo gestorio che, prima o dopo l'attivazione dello strumento di regolazione della crisi, abbiano provocato un danno diretto al suo patrimonio, che non sia legato, per costante giurisprudenza, alla conservazione del patrimonio sociale²⁷.

Le conclusioni appena raggiunte, in punto di società di diritto comune, sembrano necessitare di qualche precisazione, ove si tenga conto delle specificità delle società pubbliche in crisi (o insolventi).

Da questo punto di vista, occorre difatti considerare la previsione di cui all'art. 12 del T.u. partecipate a mente della quale «*i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*».

Da tale norma – e, in particolare, dall'inciso appena riportato – potrebbe ricavarsi, sul piano interpretativo, l'attribuzione, in via esclusiva, della giurisdizione sull'azione per *mala gestio* esercitata nei confronti dell'amministratore di società *in house* al giudice contabile, con applicazione di regole differenti per il relativo accertamento.

Ciò, nondimeno, non sembrerebbe provocare una limitazione ai fini dell'esperimento dell'azione da parte degli stessi soci della società e dei creditori sociali dinanzi al giudice civile: è prevalso, in giurisprudenza, l'orientamento secondo cui «ove anche sia ipotizzabile la giurisdizione della Corte dei conti, essendosi al cospetto di società qualificabili come *in house*, deve ravvisarsi la reciproca autonomia e quindi l'ammissibilità del concorso dell'azione di responsabilità ordinaria e contabile, anche quando trovino causa nei medesimi fatti materiali, e perfino ove la prima sia direttamente intentata dalle singole amministrazioni coinvolte (Cass. S.U. n. 26738/2021). Infatti (cfr. Cass. S.U. ord. 19/02/2019, n. 4883), l'azione di responsabilità per danno erariale e quella di responsabilità civile promossa dalle singole

²⁷ Con riguardo all'esercizio dell'azione di cui all'art. 2395 c.c., A. SANTONI, *Doveri e responsabilità degli amministratori*, cit., 830, non ritiene che ai soci «si possa riconoscere il diritto di impugnare le deliberazioni lesive dei loro diritti *ex art. 2388, 4° comma, c.c.*, assunte dagli amministratori in attuazione del piano, posto che quest'ultimo, in tale fase, sembrerebbe rappresentare il principale parametro di legittimità dell'attività gestoria».

amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario restano reciprocamente indipendenti, anche quando investano i medesimi fatti materiali, essendo la prima volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della Pubblica amministrazione ed al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria, e la seconda, invece, al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della parte attrice (conf. Cass. S.U. 10019/2019). Ne deriva che eventuali interferenze tra i due giudizi integrano una questione, non di giurisdizione, ma di proponibilità dell'azione di responsabilità innanzi al giudice contabile, da far valere peraltro dinanzi al giudice successivamente adito (Cass. S.U. n. 5978/2022; Cass. S.U. n. 15570/2021)»²⁸.

In sintesi, non v'è dubbio che, in sede assembleare, possa deliberarsi sull'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'organo gestorio (che abbia rivestito la carica negli intervalli di tempo in cui sono stati commessi gli atti di cattiva amministrazione), applicandosi le regole proprie del diritto societario, anche sul piano processuale.

Ulteriore angolo visuale dal quale guardare al profilo della responsabilità dell'organo gestorio della società *in house providing* è quello della responsabilità nella quale potrebbe incorrere la pubblica amministrazione-socia nel caso di abuso dell'attività di direzione unitaria.

L'indirizzo giurisprudenziale che si sta formando di recente è nel senso di ritenere che il controllo analogo possa essere ricondotto a una manifestazione dell'attività di direzione e coordinamento, pervenendosi, finanche, a ritenere che la direzione unitaria dell'ente pubblico sulla società domestica sarebbe da considerare *in re ipsa*, essendo il controllo analogo esercitato nell'interesse dell'ente e non in quello esclusivo della società controllata²⁹.

²⁸ Così, di recente, Cass., sez. un., 12 maggio 2023, n. 13088, in *DeJure*. Per una ricostruzione, anche con gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, dell'articolata materia si rinvia al contributo di A. SCARPA, *Società in house e riparto di giurisdizione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, I, 460 ss.

²⁹ Cfr., su tutte, Trib. Palermo, 12 luglio 2023, n. 3467, in *DeJure*. Per l'estensione anche alla pubblica amministrazione-socia dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: oltre alla citata sentenza poco prima, v., di recente, pure Trib. Napoli, 5 ottobre 2023, n. 9020, che ha ritenuto ammissibile l'azione *ex art.* 2497 c.c. sul

La questione che, in questa prospettiva, resta da risolvere è se, nell'esercizio di una siffatta attività, alla pubblica amministrazione-socia possa imputarsi una responsabilità da direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.*: a fronte dell'indirizzo negativo, che si basa sulla norma d'interpretazione autentica di cui all'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009³⁰, è in via di consolidamento la posizione (opposta) che, tenendo conto dell'evoluzione del sistema (e, anche, del diritto della crisi d'impresa), considera ingiustificata l'esclusione della pubblica amministrazione-socia dall'ambito applicativo della norma codicistica sulla responsabilità da abuso di eterodirezione³¹.

Responsabilità che, nel caso di specie, potrebbe attingere, per esempio, l'ente pubblico-*holding* che abbia impartito le direttive – rivelatesi, poi, pregiudizievoli – in merito al contenuto dello strumento di regolazione della crisi prescelto dalla società debitrice sottoposta alla sua direzione e, in particolare, alle modificazioni statutarie a esso

presupposto che tale norma si riferisca genericamente alla società e agli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento, essendo irrilevante, in questa prospettiva, il citato art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009.

³⁰ Tale norma stabilisce, nello specifico, che «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 finalità di natura economica o finanziaria». Nonostante tale previsione, già i primi commentatori negavano comunque la sottrazione dello Stato: v., tra gli altri, V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, co. 1, c.c. (art. 19, co. 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 343 s., P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, 10 s., P. BENAZZO, *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, in *RDS*, 2011, 17 s., e F. FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F. Fimmanò (a cura di), *Società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 13 s., rileva come si tratta di una norma «assai discutibile, apparentemente generale, invece diretta ad un caso specifico e cioè la vicenda della crisi Alitalia».

³¹ Si veda, in questo senso, la posizione di E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house*, cit., 194 ss., la quale ritiene che la disapplicazione della responsabilità *ex art. 2497 c.c.* per le società partecipate comporterebbe, da un lato, «un arretramento della tutela dei soci e dei creditori delle stesse (i quali non potrebbero disporre degli specifici strumenti di tutela preventiva e risarcitoria previsti *ex artt. 2497 ss., c.c.)*», dall'altro, «porrebbe il socio pubblico in una situazione di ingiustificato privilegio rispetto a qualsiasi altro soggetto privato che ponga in essere la medesima condotta e produca i medesimi effetti pregiudizievoli».

correlate³². E, prima ancora, sullo stesso socio graverebbe comunque un potere-dovere di monitoraggio sulla società eterodiretta quanto alla prevenzione della crisi e all'allestimento di strumenti tempestivi e adeguati in presenza di segnali di emersione.

6. Sintesi dei risultati raggiunti e un pronostico conclusivo.

All'esito delle questioni affrontate, è lecito svolgere qualche riflessione conclusiva a proposito del (generale) rapporto tra diritto della crisi d'impresa e disciplina delle società pubbliche. Lo specifico angolo visuale che è stato prescelto ha mostrato difatti come l'applicazione alla società *in house providing* degli artt. 120-*bis* e seguenti del Codice della crisi implichi qualche adeguamento sul piano interpretativo.

Si è detto, in particolare, che l'applicazione di siffatte norme alla società domestica comporta che: (a) l'ente pubblico-socio è titolare di un diritto a ricevere informazioni che, in considerazione delle caratteristiche tipologiche della società *in house*, parrebbe "rafforzato" rispetto a quello ordinariamente esercitabile da qualsiasi altro socio (di società di diritto comune); (b) le modifiche statutarie o le operazioni sul capitale e straordinarie potrebbero essere incluse nel piano di risanamento posto a fondamento dello strumento di regolazione della crisi, a patto che si possano salvaguardare quelle disposizioni, valide, specialmente, per le società a controllo pubblico, che impongono svariati limiti sotto tali profili; (c) nell'ipotesi di inesatto inadempimento (o mancato adempimento) del predetto obbligo informativo e, in ogni caso, in presenza degli estremi per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità o di quella da esercitarsi dal singolo socio, sono esperibili tali azioni (o la revoca degli amministratori) anche in pendenza della procedura concorsuale, tenendosi presente, in questa prospettiva, il necessario coordinamento con le norme dettate per l'azione di responsabilità esercitata nell'ambito di una società a partecipazione pubblica.

³² E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house*, cit., 200, ammette che la riserva di competenza amministrativa *ex art. 120-bis* del Codice della crisi non impedisca all'ente di porre in essere quanto si prospetta nel testo.

In altri termini, per evitare che si venga a creare un *vulnus* nel rapporto tra generale (diritto della crisi d'impresa) e particolare (la disciplina dettata per le società pubbliche) devono ipotizzarsi margini all'interno dei quali l'interprete possa operare comunque un coordinamento, che, se non effettuato, rischierebbe, come detto, di minare la coerenza interna del sistema e, nello specifico, di quel diritto delle società pubbliche che si è inteso avvicinare il più possibile a quello delle società di diritto comune.

A tal proposito, un'avvertenza sembra, però, farsi spazio rispetto a una (indubbia) esigenza di questo tipo: la difficoltà maggiore riguarderebbe l'ipotesi in cui la disciplina "speciale" non contenga deroghe a quella generale, non potendosi invocare la già citata norma di cui all'art. 1, comma 3, del Codice della crisi; in casi come questi, l'opera di "adeguamento" non pare, francamente, agevole.

Invero, a fronte delle difficoltà di "contestualizzazione" della norma generale al cospetto della società *in house providing*, è agevolmente pronosticabile il formarsi di posizioni differenziate tra dottrina e giurisprudenza, come, peraltro, conferma il caso della prima pronuncia sull'art. 120-*bis* con riguardo alla società domestica, con buona pace non solo della certezza del diritto ma soprattutto con lo spettro di un ritorno a una stagione fatta di (continui) *revirements* non dissimile da quella, già vissuta, della fallibilità delle società pubbliche.