

Articoli e Saggi

La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione*

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'oggetto di analisi e premessa metodologica. – 2. La Corte dei conti come punto di osservazione privilegiato dell'evoluzione del diritto amministrativo. – 3. Il posto della Corte dei conti in seno all'ordinamento: impostazione del tema. – 4. Pluralità di funzioni e pluralità di poteri: cenni alle funzioni consultive, di certificazione e referente. – 5. Corte dei conti: istituzione unitaria o pluralità di organi? – 6. La Corte dei conti come istituzione collocata all'esterno di altri poteri e organi; conseguenze e implicazioni. – 7. La Corte dei conti al centro di una fitta trama istituzionale. L'indipendenza dell'Istituzione. – 8. Il carattere ausiliario della Corte dei conti: il soggetto ausiliato, guardando anche oltre l'art. 100 Cost. – 9. Ancora sull'art. 100, Cost. e sui suoi corollari, con specifico riferimento all'ausiliarità. – 10. Osservazioni di sintesi: struttura e posizionamento della Corte dei conti, soggetto che, presidiando il buon uso delle risorse pubbliche, tutela anche le generazioni future. – 11. Problemi e questioni: l'aspetto organizzativo e l'aggiunzione di funzioni al nucleo essenziale dei poteri. Il rafforzamento delle garanzie quale possibile chiave di lettura. – 12. Controlli collaborativi, modelli impeditivi e crisi (della legalità e dell'uso delle risorse pubbliche). I controlli impeditivi di cui al d.l. 174/2012. È immaginabile un diverso posizionamento della Corte dei conti? – 13. Spigolature in tema di giurisdizione.

1. Delimitazione dell'oggetto di analisi e premessa metodologica.

Non certo agevole è lo sforzo che deve compiere chi è chiamato a sviluppare un'indagine volta a definire il “posto” che occupa un'istituzione, quale è la Corte

* Testo riveduto, anche alla luce delle decisioni della Consulta del 2014, della relazione tenuta il giorno 11 dicembre 2012 a Roma, presso la sede della Corte dei conti, nell'ambito del Convegno di studi giuridici in occasione del 150° anniversario dell'Istituzione della Corte dei conti (1862-2012). Desidero ringraziare Gaetano D'Auria, Paolo Evangelista, Nicola Mastropasqua, Marco Mazzamuto, Livia Mercati e Fabio Saitta, per aver letto la prima stesura del lavoro e per i preziosi rilievi (anche critici) e i consigli che mi hanno fornito

dei conti, che si colloca al crocevia tra le funzioni giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione.

La necessità di tenere in adeguata considerazione tutte le sfaccettature della complessa attività che la Corte pone in essere, infatti, rischia di dilatare a dismisura il compasso dell'analisi.

L'analisi medesima, poi, oltre a presentarsi potenzialmente di ampio respiro, meriterebbe di essere coerentemente sviluppata con la stessa intensità sia in orizzontale (volgendosi a tutti i settori), sia in verticale e in profondità, al momento di affrontare i vari istituti e le varie funzioni.

Anche alla luce dell'ampiezza di queste e di quelli, pare opportuno mantenere l'indagine sul piano delle riflessioni generali.

Non si tratta certo di un'operazione più semplice, anzi; tuttavia, siffatta opzione è in qualche misura necessaria per contenere entro limiti ragionevoli l'analisi.

Essa, comunque, dà ragione della consequenziale scelta operata circa i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, che si limiteranno alle indicazioni essenziali e più generali, nonché a quelli strettamente necessari nell'economia del ragionamento di volta in volta sviluppato.

2. La Corte dei conti come punto di osservazione privilegiato dell'evoluzione del diritto amministrativo.

Prima di procedere nell'analisi, pare di interesse osservare che, indipendentemente dalla definizione della precisa collocazione della Corte nel nostro sistema istituzionale, da quel "punto di vista" è possibile cogliere le principali modificazioni del nostro sistema amministrativo.

La Corte dei conti, cioè, è, al contempo, oggetto e motore dell'evoluzione dell'ordinamento (subandone e governandone gli effetti) e osservatorio privilegiato della stessa.

Da un lato, si tratta di un soggetto assai antico, sempre presente in tutti i momenti fondamentali della nostra vita istituzionale¹, che ha superato indenne anche i passaggi apparentemente più "pericolosi" per la sua sopravvivenza (si pensi all'abolizione del contenzioso amministrativo nel 1865²); d'altro lato, l'ampiezza delle sue competenze – come ancora si dirà – ne ha fatto un sensibile termometro dei mutamenti intervenuti nel nostro ordinamento; infine, si tratta di

¹ V.F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2006, 30 e ss.

² V. sul punto A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 623.

La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione - *The Court of Audit: its jurisdictional, control, consultancy and certification functions*

L'articolo analizza il posto della Corte dei conti in seno all'ordinamento. Dopo aver esaminato la pluralità di funzioni a esse attribuite, si sottolinea in particolare come la Corte si configuri quale istituzione collocata all'esterno di altri poteri, al centro di una fitta trama istituzionale. Specifica attenzione viene riservata ai temi dell'indipendenza dell'Istituzione, al carattere ausiliario, alla giurisdizione e all'art. 100, Cost., prospettando, a conclusione dell'analisi, anche un diverso posizionamento della Corte dei conti nel futuro.

The article analyses the role of the Court of Audit as part of the legal system. After examining the plurality of functions attributed to it, the paper underlines, in particular, how the Court acts as an institution outside other powers, in the centre of an intricate institutional framework. Particular attention is given to the themes of the Institution's independence, its auxiliary nature, its jurisdiction and art. 100 of the Constitution, proposing an alternative future positioning of the Court of Audit in the conclusion of the analysis.

Articoli e Saggi

Social Welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*

Fulvio Cortese

SOMMARIO: 1. Premessa: una questione definitoria (ma non solo). – 2. Il fattore costituzionale: le (strutturali) difficoltà del legislatore e il ruolo (inevitabile) dei giudici. – 3. Il fattore amministrativo: le difficoltà (e l'inadeguatezza) degli apparati e il problema dell'individuazione dei bisogni. – 4. Conclusione: il superamento delle criticità nazionali e il ruolo (paradossale) dell'Unione europea.

1. Premessa: una questione definitoria (ma non solo).

L'accostamento tra la locuzione “*social welfare*” e le espressioni “liberalizzare” e “semplificare” – mediato com'è dalla parola “difficoltà” – sembra alludere alla necessità di considerare contemporaneamente due profili: uno definitorio (che cos'è il *social welfare*? E che cosa sono la liberalizzazione e la semplificazione?) e uno critico (perché, in un determinato contesto, compiere certe azioni è difficile?).

Ciò che, peraltro, è sottinteso alla sovrapposizione di questi due profili pare evidente: vi è una sorta di punto di partenza, un dato, cioè, scontato (quanto al *social welfare*, liberalizzare e semplificare “è” difficile), dal quale muovere per individuarne le ragioni (“perché” c'è questa difficoltà?) e per ipotizzare, eventualmente, qualche soluzione (se questa è la difficoltà e se queste sono le sue ragioni, “allora” l'antidoto può essere...).

In definitiva, l'argomento da affrontare potrebbe essere così declinato: poiché liberalizzare e semplificare è “un obiettivo”, occorre comprendere “perché” è

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno «La difficoltà di liberalizzare» (Milano, Università Commerciale Luigi Bocconi, 9 maggio 2014). Il testo riproduce il contenuto dell'intervento svolto in quella sede, con alcune modifiche marginali e con l'indicazione di alcuni riferimenti bibliografici. L'Autore ringrazia Maria Beatrice Vanni per l'utile confronto prodromico alla stesura finale del testo.

difficile raggiungerlo con riguardo al *social welfare* e quali sono le possibili strade per dare effettività a quelle specifiche azioni.

Il punto è che gli impliciti presupposti da cui muove lo stesso titolo possono dar luogo a qualche problematica aggiuntiva, specialmente laddove si ponga in campo il primo dei cennati profili, vale a dire quello definitorio: che cosa siano il *social welfare*, la liberalizzazione, la semplificazione. Perché, a ben vedere, questo profilo induce quasi contestualmente a chiedersi se, innanzitutto, la liberalizzazione e la semplificazione del *social welfare* siano di per sé possibili.

Occorre precisare subito che la risposta a questa prima domanda non può che essere negativa, almeno nel significato “assoluto” che l’interrogativo potrebbe comportare.

Se, infatti, per *social welfare* si allude alla corrispondente funzione pubblica che connota una determinata forma di Stato e che implica un impegno dell’ordinamento a massimizzare e distribuire equamente un certo grado di benessere, in primo luogo mediante il soddisfacimento di taluni bisogni essenziali (salute, istruzione, assistenza, lavoro etc.), e se per liberalizzazione / semplificazione si allude, simultaneamente, allo scioglimento / alla disarticolazione dell’“intenzione di garanzia” che a quella funzione è intrinsecamente correlata, allora dobbiamo riconoscere che questo traguardo non è pacificamente disponibile¹.

Non è questa la sede per argomentare compiutamente il punto, ma si può, semplicemente, ricordare che l’obiettivo in esame implicherebbe un ri-assetto generale dei rapporti tra ordine socio-economico e ordine politico-giuridico così come cristallizzatisi nell’evoluzione del cd. “Stato di diritto” e nel suo storico coniugarsi con il cd. “Stato sociale”² (*Welfare State*³), vale a dire di quelle relazioni, intricatissime, che, negli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale, hanno trovato un peculiare e diffuso riconoscimento costituzionale tra la seconda metà del XIX e (soprattutto) il XX secolo⁴.

¹ In questa stessa direzione v. M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, 3-4.

² V., su questo processo di trasformazione, R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, 39 ss. Sullo “Stato sociale” e sul carattere giuridico (e quindi precettivo) del modello, v. i contributi raccolti in A. BALDASSARRE, A. CERVATI (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982.

³ L’espressione, come è noto, non è del tutto equivalente a quella di Stato sociale: quest’ultima è nata molto prima (v. il termine *Sozialstaat*, germinato nell’ambito delle politiche di riforma condotte nella Germania bismarckiana); la prima, invece, compare tra gli anni ’30 e gli anni ’40 del Novecento (in più contesti, sia in Inghilterra – v. C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica*, Bologna, 2014, 248 ss. – sia negli Stati Uniti: v., ad esempio, *infra*, a nt. 7).

⁴ Cfr. ancora, su questi aspetti, la sintesi, felice ed efficace, di R. BIN, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, in P. CARTA, F. CORTESE (a cura di), *Ordine giuridico e ordine politico: esperienze, lessico e prospettive*, Padova, 2008, 157 ss.; ma v., più recentemente, anche ID., *Las relaciones entre poderes en el Estrado de Derecho del Siglo XXI* (inedito, in corso di pubbli-

Social Welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare - Social Welfare: liberalisation and difficulties in its simplification

Il contributo si propone di individuare, quanto all'ordinamento italiano, i fattori che tradizionalmente rendono difficile il perseguimento delle politiche di liberalizzazione e di semplificazione nel Social Welfare. In particolare – posta una premessa concettuale e terminologica sul significato e sul carattere irrinunciabile della funzione di Social Welfare – l'intervento prende in esame tre profili: quello della disciplina costituzionale; quello delle riforme amministrative; quello dell'impatto del diritto dell'Unione europea. Per ciascuno di questi aspetti, il saggio riscontra la perdurante esistenza di approcci interpretativi radicalmente dissonanti e di soluzioni normative oscillanti e contraddittorie. Quasi paradossalmente, però, proprio le indicazioni e le tendenze emergenti sul piano europeo possono rivestire un ruolo determinante anche sul piano nazionale. Esse, infatti, possono contribuire a “sciogliere” più chiaramente – e più efficacemente – le diverse alternative concettuali e metodologiche nelle quali sono ancora coinvolte, in questa materia, sia la lettura della Costituzione, sia l'evoluzione del diritto amministrativo.

With regard to the Italian legal system, the paper seeks to identify the factors that traditionally make the pursuit of liberalisation and simplification policies in Social Welfare so difficult. Specifically – after a conceptual and terminological introduction on the meaning and inalienable character of the function of Social Welfare – the work examines three aspects: constitutional regulation, administrative reform, and the impact of European Union law. For each of these aspects, the paper underlines the continuing existence of radically dissonant interpretative approaches, and fluctuating and contradictory legislative solutions. Almost paradoxically, however, indications and emerging trends at a European level may also play a fundamental role at a national level. These, in fact, could contribute to more clearly – and more effectively – “unraveling” the different conceptual and methodological alternatives in which both Constitutional interpretation and the evolution of administrative law are still embroiled.

Articoli e Saggi

Interventi sul *financial distress*. Aspetti problematici del ruolo delle banche e delle procedure concordate nella crisi d'impresa

Brunella Russo

SOMMARIO: 1. Il ruolo delle banche nella prevenzione e nell'individuazione della crisi. – 2. *Segue*. Profili di responsabilità civile e penale degli enti erogatori di credito. – 3. Il quadro normativo di riferimento a seguito del riordino della legge fallimentare. – 4. L'attuale sistema di composizione negoziale della crisi d'impresa. – 5. *Segue*. Ulteriori novità in tema di concordato preventivo: la prosecuzione dell'attività aziendale. – 6. Chiose a margine degli interventi sul *financial distress*.

1. Il ruolo delle banche nella prevenzione e nell'individuazione della crisi.

Il rapporto banca-impresa ha stabilmente rivestito un ruolo cruciale nell'ambito dei piani strategici delle banche italiane, le quali si sono fatte carico, attraverso l'organizzazione dei propri modelli operativi, dei bisogni e delle potenzialità del cliente impresa, nelle varie fasi evolutive del suo ciclo vitale, nonché in quelle relative alla gestione della crisi d'impresa, laddove i piani di superamento dedotti negli accordi o nei concordati (che non siano meramente liquidatori del patrimonio d'impresa) prevedono sempre il finanziamento bancario all'attività¹.

Ciò spiega come la crisi, nella sua accezione generale, sia oramai assunta come evento, per così dire, ineluttabile e quindi di carattere fisiologico anche da parte del sistema creditizio².

¹ Per tutti, S. BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, in *Fallimento*, 2003, 983 e ss.

² Nel corso degli anni il fenomeno della crisi d'impresa è stato oggetto di numerosi studi a livello nazionale e internazionale che ne hanno indagato gli aspetti non solo macroeconomici e di cultura manageriale, si pensi agli studi di G. FORESTIERI, *La previsione delle insolvenze aziendali: profili teorici e analisi empiriche*, Milano, 1986, ma anche quelli riguardanti gli strumenti messi a

Quest'aspetto appare particolarmente delicato in tutti quei casi in cui l'azienda sia improntata alla ricerca del costante equilibrio in funzione della rapida evoluzione del mercato, tant'è che risulta opportuno ai primi segnali di fragilità procedere ad un riposizionamento strategico e organizzativo dell'attività sociale.

Le situazioni di squilibrio a carattere globale, tali da compromettere il complessivo quadro economico-finanziario-patrimoniale (e quindi gestionale), si evidenziano in modo concreto col manifestarsi di processi graduali e latenti di degenerazione di tipo patologico; pertanto da forme di instabilità e/o di inefficienza dei vari fattori produttivi (declino) si passa, nella maggior parte dei casi, all'erosione delle risorse materiali e umane dell'impresa – con riflessi sulla sua capacità di creare valore (crisi) – qualora non si intervenga con opportuni correttivi atti ad arginare la fase di momentanea incapacità di adempiere (insolvenza transitoria, ritenuta reversibile) che nel tempo è destinata di certo a trasformarsi in conclamato stato d'insolvenza, presumibilmente irreversibile.

La crisi da squilibrio finanziario, nota con il termine inglese di *financial distress* è nella realtà più effetto che causa ovvero, più spesso, conseguente ad ulteriori patologie³. Tuttavia, in questo stadio anticipatorio dell'effettiva insolvenza,

disposizione dal legislatore per gestire e risolvere la crisi. In tal direzione vanno le ricerche condotte intorno alla fine degli anni '90, solo per citarne alcuni, da S. SCIARELLI (a cura di) *La crisi d'impresa*, Padova, 1996; L. CAPRIO (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Mediocredito regionale Lombardia; M. BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni '90*, Università Cattolica, Centro Studi Finanziari, 1997; A. BIANCHI, *Crisi d'impresa e risanamento*, Milano, 2010, fino ad arrivare ai lavori relativamente recenti di A. DAVONI, *Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano*, Milano, 2003; A. FALINI, *La straordinaria amministrazione*, Milano, Franco Angeli, 2008. Quanto alla particolarità della concessione di credito all'impresa in crisi, essa rappresenta un'attività contrattuale importante per il buon esito della ristrutturazione. L'elevata rischiosità è determinata dallo stato di insolvenza in cui versa l'imprenditore. Questo stato non fonda soltanto il rischio della mancata restituzione del finanziamento (c.d. rischio da inadempimento per insolvenza), ma anche rischi ulteriori dipendenti dalla natura commerciale dell'impresa e, dunque, dalla sua assoggettabilità a fallimento. Già a partire dalla legge Prodi n. 675/77 e dalla successiva legge n. 787/78 (benché scarsamente applicate nella pratica) il legislatore ha inteso favorire la ristrutturazione e la conversione delle imprese industriali, allo scopo di riportarle alla produttività, competitività e redditività, sia attraverso la reintroduzione della c.d. "programmazione" come metodo dell'intervento pubblico nell'economia che mediante la disciplina dell'intervento delle banche, degli istituti di credito e delle aziende di credito.

³ La crisi *stricto sensu* può essere definita come una degenerazione delle condizioni di declino che sfocia in uno stato di elevata instabilità. La causa è da imputare a numerosi fattori tra cui le rilevanti perdite economiche, gli squilibri nei flussi finanziari, la diminuzione della capacità di accesso al credito per giungere all'insolvenza, ovvero all'incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni. Cfr., a tal proposito, E.I. ALTMAN, *Corporate Financial Distress*, New York, Wiley Interscience, 1983; S. SUDARSANAM – J. LAI, *Corporate Financial Distress and Turnaround Strategies: An Empirical Analysis*, in *British Journal of Management*, 2001, vol. 12, 183-199.

Interventi sul *financial distress*. Aspetti problematici del ruolo delle banche e delle procedure concordate nella crisi d'impresa. - *Measures in the event of financial distress. Problematic aspects of the role of Banks and the composition with creditors procedure when a business is in financial difficulty.*

Lo scritto passa in rassegna le soluzioni concordate della crisi d'impresa introdotte dalla riforma delle procedure concorsuali al fine di appurare se il novellato impianto normativo – che si pone al fianco del tradizionale obiettivo, di stampo fallimentare, di liquidare e realizzare l'attivo – disciplini efficaci meccanismi di conservazione e di recupero aziendale, mediante la valorizzazione delle intese tra imprenditore e creditori, in un quadro di maggiore rafforzamento della tutela di quest'ultimi.

Tenuto conto che l'erogazione del credito e i tentativi di "salvataggio" delle imprese in crisi sono, in realtà, due facce di una sola medaglia, lo scritto affronterà, inoltre, il difficile tema del coordinamento tra i profili della responsabilità civile e penale della banca finanziatrice, ipotizzando possibili scenari, soprattutto in riferimento all'applicabilità del recente art. 217-*bis* della legge fallimentare nell'ambito dei piani attestati di risanamento, degli accordi di ristrutturazione del debito omologato e del concordato preventivo.

The paper reviews the possible solutions to be agreed on when a business is in financial difficulty, introduced by the reform of the insolvency procedures, for the purpose of ascertaining whether the new legislative framework (which stands alongside the traditional objective of a bankruptcy nature, that is, to liquidate and sell assets) regulates effective mechanisms for business preservation and recovery through the use of agreements between the businessman and creditors as part of a reinforcement of the protection of the latter.

Taking into account that the disbursement of credit and attempts at "baling out" companies in crisis are, in fact, two sides of the same coin, the paper also tackles the theme of coordination between the civil and criminal liability of the financing bank, hypothesising possible scenarios – especially with reference to the applicability of the recent art. 217-bis of the bankruptcy law – with reference to recovery plans, restructuring agreements of approved debt and arrangements with creditors.

Il punto su

Inauguriamo un nuovo spazio dedicato agli aggiornamenti relativi a temi già trattati nei programmi di ricerca consultabili on-line all'indirizzo <http://www.mucchieditore.it>, Il diritto *dell'economia*, sez. *Approfondimenti*.

Quest'idea nasce dalla consapevolezza che i programmi di ricerca, per definizione, siano non finiti, ma anzi debbano essere "produttivi" nel tempo. Essi, infatti, costituiscono un punto di partenza per continuare a seguire l'evoluzione dell'ordinamento e stimolano la dottrina a esprimersi criticamente sugli argomenti più importanti.

Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*

Rosamaria Iera e Alice Villari**

Il contesto.

Alcuni recentissimi interventi giurisprudenziali della Suprema Corte di Cassazione e del giudice contabile in materia di società partecipate e/o controllate da enti pubblici offrono l'occasione per "fare il punto" della situazione giurisprudenziale e dottrinale in tema di società a partecipazione pubblica, al fine di inquadrare correttamente tale fenomeno giuridico¹. Le difficoltà che rendono complessa questa materia sono in buona parte dovute alla frenesia e ai continui ripensamenti del legislatore, i cui interventi, privi di alcuna valenza sistematica, sono ispirati

* Il programma di ricerca "L'assetto delle società pubbliche", in *Il diritto dell'economia*, Approfondimenti n. 2/2012, disponibile on line all'indirizzo <http://www.mucchieditore.it>, 1-103, è stato curato da S. CIMINI, L. DE GREGORIIS, M. DE NADAI, A. GIUFFRIDA, G. GRÜNER, G. LA ROSA, A. MARCOVECCHIO, D. SICLARI.

** Il lavoro è frutto di una riflessione comune; tuttavia, Alice Villari ha scritto la sezione I, mentre Rosamaria Iera ha scritto la sezione II.

¹ Tra i contributi più recenti in argomento si vedano R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da regioni ed enti locali*, Napoli, 2013; nonché F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in questa *Rivista*, 2013, 1 ss.

da finalità spesso divergenti e in contrasto tra loro, quali la tutela della concorrenza o il contenimento della spesa pubblica. Peraltro, molto spesso si tratta di una legislazione frammentaria, incompleta, indeterminata e poco coerente con se stessa per cui la giurisprudenza, e non solo quella nazionale, assume un ruolo decisivo nel riempire di significato e nel tentare di raccordare le disposizioni vigenti. Ne consegue un contesto in cui non mancano incertezze interpretative e orientamenti molto diversi tra loro, se non addirittura opposti.

SEZIONE I – Natura e regime giuridico delle società pubbliche

Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2013, n. 22209. *La scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, seppure partecipate da enti pubblici, che perseguono l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità.*

Cass. civ., ss. uu., 25 novembre 2013, n. 26283. *Dal momento che la società, quand'anche a partecipazione pubblica, si configura come un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto sia da coloro che ne impersonano gli organi sociali sia dai titolari di azioni e quote di partecipazione, non è possibile imputare personalmente agli amministratori o ad altri soggetti investiti di cariche sociali la titolarità del rapporto di servizio intercorrente tra l'ente pubblico e la società cui sia stato affidato l'espletamento dei compiti riguardanti un pubblico servizio, né può dirsi erariale, perché non arrecato nei confronti della pubblica amministrazione, il danno inferto al patrimonio della società dagli atti di mala gestio posti in essere dagli organi sociali, non radicandosi, di conseguenza, la giurisdizione della Corte dei conti. Risulta viceversa configurabile l'azione del procuratore contabile quando sia volta a far valere la responsabilità dei componenti degli organi sociali della società partecipata dall'ente pubblico, il quale sia stato danneggiato dall'azione illegittima non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente, come ad esempio accade nel caso di danno all'immagine della pubblica amministrazione.*

Cass. civ., ss. uu., 26 marzo 2014, n. 7177. *Non sussiste la giurisdizione contabile in relazione all'azione di responsabilità per i danni arrecati al patrimonio di una società pubblica se, all'epoca della condotta posta in essere dagli organi sociali, non esistevano i complessivi requisiti per far ritenere la medesima società una società "in house".*

SOMMARIO: 1. Natura giuridica delle società a partecipazione pubblica – 2. Due particolari questioni giuridiche: assoggettabilità a fallimento. – 3. (Segue) Limiti della giurisdizione contabile.

1. *Natura giuridica delle società a partecipazione pubblica.*

Le società in mano pubblica, cosiddette società pubbliche, hanno una sostanza per definizione “anfibia”²: si tratta infatti di soggetti che, seppure in forma privatistica, costituiscono strumenti di azione della pubblica amministrazione che ne è socia.

Fino agli anni '90 del secolo scorso, non si dubitava del carattere autenticamente privato delle società a partecipazione pubblica, interamente soggette alla disciplina generale dettata dal codice civile³. Il punto di svolta e di ripensamento sulla natura giuridica di tali società si è avuto negli anni '80-'90 ed è dipeso dall'influenza del diritto comunitario (che induceva la pubblica amministrazione ad assumere sempre più le vesti di soggetto regolatore del mercato, abbandonando quelle di operatore economico e dunque anche l'esercizio di attività economiche, che fino a quel momento erano state svolte secondo criteri imprenditoriali e privatistici), nonché dall'uso crescente del modello delle società di capitali a partecipazione pubblica, che per lo più originavano dalla trasformazione degli enti pubblici economici, impiegate anche per il perseguimento di finalità di interesse pubblico e che ben si conciliavano con la necessità di esternalizzare e privatizzare settori e attività che fino a quel momento erano stati pubblici⁴.

² Così F. GOISIS, *op. ult. cit.*, 41 ss.

³ In origine la disciplina civilistica dettata in relazione alle società a partecipazione pubblica constava dei soli artt. 2458, 2459 e 2460 cod. civ., poi abrogati e sostituiti dagli artt. 2449 e 2450 cod. civ. Nello specifico, l'art. 2449 cod. civ. si riferisce alle cosiddette “nomine pubbliche”: la disposizione prevede che, ove lo Stato (o altro ente pubblico) abbia partecipazioni azionarie, l'atto costitutivo possa ad esso conferire la facoltà di nominare amministratori o sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, nonché revocarli. Si ritiene che il contenuto di questa disposizione debba essere osservato anche da parte delle Regioni, giacché queste non possono legiferare in materia di diritto privato, essendo la materia “ordinamento civile” riservata alla legislazione esclusiva dello Stato. In dottrina si veda A. MALTONI - M. PALMIERI, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267 ss.

⁴ La giurisprudenza non ha tardato a riconoscere la natura pubblicistica di tali società: a tal riguardo si vedano Cass. civ., ss. uu., 23 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.*, 1991, I, 3405 ss. (che ha definito le società a partecipazione pubblica organi indiretti dell'amministrazione ritenendole pertanto assoggettate alla disciplina pubblicistica), Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Foro it.*, 1994, I, 325 (che, pur non affermando che le società di cui si discute abbiano natura pubblicistica, le ha qualificate come “società di diritto speciale”, evidenziandone le connotazioni differenti rispetto al modello codicistico) e Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1995, n. 498, in *Giorn.*

SEZIONE II - Spazi di azione per le società strumentali

Corte dei conti – Sez. reg. controllo per la Lombardia – deliberazione n. 411 del 7 ottobre 2013: *A decorrere da 1° gennaio 2014 i servizi strumentali andranno assegnati all'esterno con gara, confermando il canone della concorrenza "per" il mercato (comma 7, art. 4 d.l. 95/2012); per altro verso, sarà possibile procedere all'affidamento diretto nei confronti di società partecipate, solamente se sussistano i presupposti della gestione "in house" (comma 8, art. 4 d.l. 95/2012) e si tratti di società di cui agli articoli 13 del Decreto Bersani e i commi precedenti dell'art. 4 non impongano la dismissione.*

SOMMARIO: 1. La questione oggetto del parere. – 2. Quadro normativo delle società strumentali. – 3. La decisione della Corte. – 4. L'impatto della legge di stabilità per il 2014.

1. *La questione oggetto del parere.*

Un Comune chiede alla Corte dei conti un parere sulla disciplina concernente lo svolgimento di un'attività strumentale (consistente nel servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria del verde pubblico) svolta da una propria società partecipata a capitale interamente pubblico la quale, oltre ad essere titolare del servizio strumentale, gestisce anche servizi pubblici.

L'ente locale si interroga, in particolare, se il servizio strumentale in questione debba essere posto a gara a norma del comma 7 dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012 n. 135, c.d. decreto *spending review*, (secondo cui al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità di trattamento degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dall'1 gennaio 2014, le pubbliche amministrazioni acquistano sul mercato beni e servizi strumentali, mediante le procedure concorrenziali previste dal d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.), oppure se possa affidarsi in via diretta ai sensi del comma 8 dell'art. 4 del d.l. 95/2012 (secondo cui a decorrere dall'1 gennaio 2014 può procedersi ad affidamenti diretti, purché a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*).

La soluzione del quesito presuppone, più in generale, lo scioglimento di alcuni cruciali nodi interpretativi derivanti dal coordinamento delle disposizioni

conformanti l'*an* e il *quomodo* della capacità d'agire dell'ente pubblico nel costituire o partecipare a società c.d. strumentali, nonché della disciplina alle stesse applicabile (vengono in rilievo, in particolare, le disposizioni dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, c.d. decreto Bersani, convertito con mod. nella l. 4 agosto 2006 n. 248; dell'art. 3, commi dal 27 al 29, della l. 24 dicembre 2007 n. 244; dell'art. 4 del d.l. 95/2012).

Ad avviso della Corte l'amministrazione, ai sensi del comma 1 dell'art. 4 del d.l. 95/2012, deve «in ogni caso» dismettere la propria partecipazione nella società pubblica e quindi, alternativamente, affidare lo svolgimento dell'attività strumentale a soggetti esterni mediante gara ovvero svolgerla *in house*.

Da un lato, la Corte chiarisce la disciplina derivante dall'intersezione tra le disposizioni che riguardano i vincoli che gli enti pubblici incontrano nello svolgimento dell'attività amministrativa mediante il modulo societario, nonché quella riguardante la sorte delle attività strumentali da dismettere. Dall'altro lato, conferma, anche alla luce del principio di c.d. sussidiarietà economica, il divieto per il Comune di svolgere attività di impresa mediante lo strumento societario.

La decisione ha forma e sostanza di parere reso nell'esercizio delle funzioni di collaborazione della Corte dei conti allo svolgimento dell'attività amministrativa dell'amministrazione e dunque risente della natura della funzione nell'esercizio della quale è resa. Sebbene di interesse sotto vari profili, in questa sede ci si soffermerà principalmente su quelli attinenti alla capacità dell'amministrazione di svolgere attività amministrativa mediante società strumentali, in quanto la questione si colloca in un contesto normativo frutto di numerose, e a volte contraddittorie, stratificazioni legislative.

2. Quadro normativo delle società strumentali.

In linea generale, l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale¹² prevede per gli enti pubblici una disciplina restrittiva nella costituzione di società strumentali che svolgono “per conto”¹³ dell'ente attività amministrativa, di natura finale o strumentale¹⁴, lasciando maggiore spazio di “manovra” nella costituzio-

¹² L'evoluzione normativa e giurisprudenziale sulle società pubbliche, con particolare riferimento al settore dei servizi pubblici, è ben sintetizzata da C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, intervento nel Corso di formazione di aggiornamento “*Servizi pubblici locali e società partecipate*”, Roma, 25 novembre 2013.

¹³ Per l'inquadramento generale delle società strumentali all'interno della cornice costituzionale, si v. Corte cost. 1 agosto 2008, n. 326 e 8 maggio 2009, n. 148, in *Foro it.*, 2010, I, 786.

¹⁴ Per la giurisprudenza contabile il requisito della strumentalità sussiste “*allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti del-*

IL COMMENTO

Fallibilità o meno delle società *in house* tra diritto privato e diritto pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (UE).

Marco Mazzamuto

1. La vicenda del ricorso alle società commerciali da parte degli enti pubblici è assai risalente e i termini attuali della questione, per come rappresentati nella dottrina e nella giurisprudenza, sembrano essenzialmente ripercorrere i contrastanti universi argomentativi del passato.

Probabilmente si tratta di una materia che, per ragioni pratiche, con difficoltà si presta a soluzioni generali, sicché, anche quando sembra che ci si voglia orientare in una qualche direzione, il quadro finisce sempre per disarticolarsi, refrattario a trarre linearmente, secondo i canoni della logica giuridica, tutte le conseguenze di determinati assunti.

Il punto è ridondante: il ricorso allo strumento societario da parte dei poteri pubblici non arriva mai ad una piana e totalizzante riconduzione al regime civilistico, poiché, in ragione di norme legislative di specie o di interpretazioni giurisprudenziali, vengono recuperati pezzi più o meno significativi di disciplina pubblicistica.

Sin quando ciò tocca parzialmente il regime dell'attività non vi è particolare urto per la logica giuridica. La qualificazione soggettiva infatti non preclude di per sé regimi differenziati.

Basti menzionare gli enti pubblici, che, pur sottoposti prevalentemente, in ragione di tale qualità, al diritto pubblico, hanno al contempo sempre costituito rapporti privatistici.

Lo stesso discorso specularmente può prospettarsi per un ente di diritto privato, che, pur sottoposto prevalentemente, in ragione di tale qualità, al diritto civile, potrebbe al contempo costituire rapporti pubblicistici. Qui semmai va soltanto rimodulata l'idea tradizionale che il diritto pubblico sia applicabile soltanto agli enti pubblici tout court.

Diciamo in entrambi casi “prevalentemente”, poiché altrimenti si smarrirebbe il senso teorico e pratico delle qualificazioni soggettive, e, nonostante certe discutibili mode relativistiche di questi anni, non ci pare che un ordinamento giuridico essenzialmente ancora fondato sul dualismo diritto pubblico-diritto privato possa mai fare a meno di questo ordine di qualificazioni.

Ciò fa anche comprendere perché il discorso scorga il suo apice problematico non appena si finisca per investire il profilo soggettivo nel segno della “sovrapposizione” delle qualificazioni, come nel caso della società per azioni/ente pubblico.

Si entra così nel puro smarrimento: due eterogenei colossi giuridici, il diritto privato e il diritto pubblico, ciascuno col proprio specifico carico di razionalità sistematica, si fronteggiano sull'intero campo, rendendo ancor più imprevedibili gli esiti di ogni particolare questione, cui pur sempre i giudici sono costretti ad addivenire, e aprendo distonici e ingovernabili riflessi sui rispettivi ordinamenti.

I dosaggi possono persino indurre ad un capovolgimento dei rapporti di “prevalenza” dei regimi giuridici. Così, nel caso delle cd. società “legali” (ad es. Rai, Enav, Anas), l'affermazione della “natura sostanziale di ente pubblico” determina una propensione all'applicazione del regime pubblicistico o contabilistico, sebbene, residualmente, non si acceda all'idea che la “qualifica di società azionaria sia sempre e comunque irrilevante nella molteplice varietà dei rapporti” (da ult. Cass., sez. un., n. 15594/2014).

Il rilievo e la dinamicità dei “principi” coinvolti non sembrano consentire che questi nodi possano essere mai sciolti da un qualche tranciante intervento legislativo. Non fu decisivo il codice civile del 1942 e non sarà decisivo, se non come argomento tra altri, la recente previsione, in materia di “società a totale o parziale partecipazione pubblica”, che “per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali” (art. 4, c. 13, d.l. n. 95/2012).

La storia recente non fa quindi eccezione.

Da un lato, la Corte di Cassazione, specie nella veste di Giudice della giurisdizione, continua tendenzialmente, ma non esclusivamente, a farsi paladina della geometria civilistica, d'altro lato, i Giudici speciali, Consiglio di Stato e Corte dei conti, continuano tendenzialmente, ma non esclusivamente, a farsi paladini del recupero dei principi pubblicistici e contabilistici.

Sullo sfondo aleggia la ragion pratica che spesso costituisce il vero e ineludibile presupposto di talune decisioni, anche a costo di rendere più farraginosa la già tormentata composizione dei concetti giuridici.

Così i Giudici speciali rinunciano a volte alla propria tradizione, quando più pressante si fa il richiamo ad una maggiore efficienza e dunque libertà di

Ma quanto evidenziato è già sufficiente a sottolineare come il nodo della sottoposizione o meno delle società *in house* alle procedure fallimentari non possa sciogliersi alla stregua delle consuete opzioni interpretative, ma debba fare i conti con un quadro giuridico più ampio e articolato di quello nazionale.

Così giusto per esemplificare un possibile percorso: se si ritiene che le società *in house*, da un lato, siano soggette al vincolo CEDU della garanzia statale, d'altro lato, non pongano un problema di violazione del divieto di aiuti perché operanti fuori mercato, allora non potrà che propendersi per la tesi che tali società non siano soggette al fallimento.

Il cammino disorientato delle c.d. società *in house*

Riccardo Ursi

1. Coloro i quali hanno avuto occasione di percorrere il Cammino di Santiago non possono non rammentare la particolare segnaletica mediante la quale viene tracciato il percorso che indica la via sicura e rapida per raggiungere la tappa successiva. Si tratta di una freccia gialla dipinta qua e là, che appare sempre quando il sentiero o la strada intrapresa potrebbero dirottare il pellegrino allontanandolo o disorientandolo. Come è noto, tale peculiare segnale è invenzione di un religioso che, più di trent'anni orsono, ha immaginato un modo per rendere il cammino meno dispendioso e certo nella sua meta.

La via del pellegrino nel suo viaggio verso la tomba di San Giacomo ritorna alla mente allorché lo studioso, avventurandosi nel territorio delle società pubbliche, si imbatte nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione relativa alle c.d. società *in house*. La lettura delle argomentazioni e delle soluzioni fornite dalla Suprema Corte lasciano lo studioso, ma anche l'operatore del diritto, in una situazione di sostanziale disorientamento che presagisce lo smarrimento della via e un destino imminente caratterizzato da sentieri impervi ed angusti che molto spesso allontanano dalla meta finale, vale a dire, la auspicata coerenza del sistema giuridico. In altri termini, le scelte operative necessitano di una indicazione che le diriga verso soluzioni stabili: serve una freccia gialla.

Allora, come il parroco de *O Cebreiro*, approvvigionandosi di vernice nei cantieri dell'autostrada, ha tracciato la via breve e sicura verso Santiago di Com-

postela, in questa sede, con gli strumenti offerti dall'ordinamento, si tenterà di dipingere con il pennello del giurista un percorso per affrontare criticamente i recenti "disorientamenti" giurisprudenziali.

2. Le società partecipate integralmente con capitale di provenienza pubblica che, in virtù di particolari condizioni di *governance* e di dipendenza economica dell'impresa sancite dal diritto europeo, godono di un affidamento senza gara, vengono, ormai tralasciamente, denominate società *in house*. Il modello di approvvigionamento connesso all'autoproduzione, che questo schema organizzativo denota, ha infatti, nel gergo degli operatori, soppiantato ogni forma di declinazione e denominazione per sintetizzare sinotticamente il dominio societario. Al dominio del socio o dei soci pubblici, infatti, è riconosciuta la forza derogatoria del principio concorrenziale che la normativa europea, e non solo, ha elevato a pietra angolare del sistema di ogni forma di *public procurement*.

Orbene, con un'operazione logica, francamente difficile da spiegare, da una figura derogatoria si è costruita una categoria dalla quale, deduttivamente, sono derivate conseguenze eterodosse rispetto al quadro normativo di riferimento ed al sistema privatistico. In altri termini, la legittima ansia di semplificazione del linguaggio giuridico ha dato la stura alla insostenibile invenzione in via pretoria di un nuovo tipo societario dotato di proprie regole e di speciali sistemi di responsabilità.

Tale forma di depistaggio, sistematico e dogmatico ad un tempo, è frutto della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale, nell'ansia di risolvere un decennale conflitto con la Corte dei Conti in ordine alla giurisdizione in tema di responsabilità erariale degli amministratori di imprese pubbliche, ha elaborato eccentriche soluzioni focalizzate proprio sulle c.d. società *in house*.

Come è noto, l'eccentricità e la singolarità di una decisione può essere giustificata anche in sede di esercizio della funzione nomofilattica solo se risponda al generale canone di coerenza, sia esso interno, ossia relativo all'argomentazione utilizzata, sia esso esterno rispetto al sistema nel suo complesso. Coerenza che, come si tenterà di evidenziare, sembra essere del tutto assente nelle ultime prese di posizione della Suprema Corte.

A coloro che hanno salutato favorevolmente la svolta giurisprudenziale del 2009 come frutto di un equilibrato compromesso tra natura pubblica del capitale e sistema codicistico delle responsabilità degli amministratori, la decisione delle Sezioni Unite n. 26283/2013 è apparsa assolutamente incomprensibile³⁹.

Nella sentenza n. 26806/2009 si è ritenuto che la responsabilità erariale potesse essere configurata allorquando il danno cagionato non fosse un danno al

³⁹ C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 13 ss.

Articoli e Saggi

Capitalizzazione e patrimonializzazione in funzione dell'adeguatezza societaria

Dario Scarpa

SOMMARIO: 1. Premessa di metodo alla ricerca. – 2. Adeguatezza e capitalizzazione sociale: necessità di una adeguata patrimonializzazione della società e correlati spunti comparatistici in materia. – 3. Destinazione patrimoniale come specificazione dell'adeguatezza patrimoniale: requisiti e durata dell'affare quali estrinsecazioni della funzione adeguativa. – 4. Congruità del patrimonio destinato rispetto all'affare divisato come espressione prescrittiva di adeguatezza societaria.

1. *Premessa di metodo alla ricerca.*

La naturale tendenza dell'ermeneutica giuridica verso una concettualizzazione del capitale sociale come elemento fondante l'entificazione deve rappresentare, nella visione sistemica del diritto societario, la leva per condurre l'intera disciplina capitalistica a soluzioni di contiguità con i reali assetti economici e finanziari delle società di capitali. Ebbene, se si riflette in prospettiva *de iure condendo*, ed avendo, al contempo, in giusto conto il formante del dato normativo che trasversalmente tocca la relativa disciplina, si vuole, ora, tentare di operare un accostamento della capitalizzazione e della patrimonializzazione societarie al principio di adeguatezza inteso, nella ricerca in oggetto, come criterio guida della determinazione degli adeguati e congrui *asset* patrimoniali di una società di capitali.

Se si riflette con rigore metodologico si può ritenere che le dinamiche di adeguamento societario, quali determinazioni al cui livello si unifica e si riconnette l'intera gamma fenomenica del diritto delle società di capitali, implicano, per l'articolazione della *praxis* nella quale soddisfano l'esigenza della finalità che è loro propria, delle funzioni di adeguatezza, che si identificano come obblighi a carico dei soci e degli amministratori, suscettibili anch'essi di determinazione come prescrizioni giuridiche, la cui negazione conduce, a modo di corollario logi-

co, oltre che alla naturale estrinsecazione di responsabilità anche al disfacimento delle componenti societarie, non più in grado di soddisfare le nuove esigenze della struttura aziendale¹.

Nella conoscenza giuridica si determina una correlazione tra le implicazioni della scienza aziendale e la *praxis*, che è il fondamento della costituzione del diritto: ogni determinazione costitutiva della scienza giuridica, applicata alla struttura societaria, passa e si conserva nelle determinazioni costitutive della *praxis* del diritto delle società. In buona sostanza, e volendo giungere alla prodromica e necessaria acquisizione metodologica, la *praxis* del diritto societario vuole il rispetto del principio di adeguatezza, quale chiave di interpretazione delle dinamiche interne alla struttura dell'ente societario².

Il dato normativo, all'art. 2381 cod. civ., indica, con precisione linguistica e nel settore della delega gestoria, che gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle

¹ Si veda, C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 421; A. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards" valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 3558; M. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 1; U. SALVESTRONI, *Principi e clausole generali, clausole "abusiva" e "vessorie" e diritto comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 11; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Polit. del dir.*, 1988, 631.

² Nella prospettiva di indagine intrapresa, vale a dire inquadrare il diritto societario nell'ottica del rispetto di un latente principio di adeguatezza, cfr. C. ANGELICI, *Profili transnazionali della responsabilità degli amministratori nella crisi dei gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 24; F. BONELLI, *Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 770; A. BORGIOI, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1977, II, 726; P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Atti del Convegno di Alba del 20 novembre 2004, "La tutela del risparmio: l'efficienza del sistema"*, in *Le Società*, 3/2005, 294; F. GHEZZI, *I doveri fiduciari degli amministratori nei Principles of Corporate Governance*, in *Riv. soc.*, 1996, 465; R. COSTI, *Società mercato e informazione societaria*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 175 ss.; A. GAMBINO, *Governo societario e mercati mobiliari*, in *Le Società*, 1997, I, 788 ss.; O. CAGNASSO, *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a.: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 2006, 346; A. LORENZONI, *Il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Giur. comm.*, 2006, 66; G. RACUGNO, *Il comitato per il controllo interno e la gestione dei rischi aziendali*, in *Le Società*, 2007, 1453; R. CALVO, *Il controllo legale dei conti: la figura del revisore contabile alla luce della riforma societaria*, in *Le Società*, 2007, 1318. Infine vedi P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 548.

Capitalizzazione e patrimonializzazione in funzione dell'adeguatezza societaria -
Capitalization and increasing equity for companies' capital adequacy

L'introduzione del principio di adeguatezza nel nostro ordinamento costituisce spia della tendenza a tradurre in norme giuridiche importanti principi della scienza aziendalistica. Attesa la definizione del principio di adeguatezza, si evidenzia come emerga l'evoluzione della nozione di perizia come diligenza tecnica nell'esercizio dell'attività d'impresa e, parallelamente, il ruolo dell'organizzazione della stessa attività si realizza attraverso la consapevolezza dello stato delle conoscenze tecniche e scientifiche e dei rischi dell'esercizio dell'attività d'impresa. Occorre valutare in termini concreti se nell'organizzazione e nello svolgimento dell'attività d'impresa siano rispettati i valori, dalla cui osservanza dipende il giudizio di meritevolezza sul comportamento effettivo dell'imprenditore e, successivamente, confrontarli con i vincoli di comportamento posti dal canone di precauzione. L'adeguatezza sottende una relativizzazione concettuale: essa va ancorata, oltre che alle dimensioni, anche alla concreta attività che l'impresa svolge, quali primari parametri di classificazione e di valutazione delle imprese che, seppur con diversa valenza, il codice indica e disciplina. L'assetto societario adeguato è, comunque, il frutto di una scelta d'impresa: l'adeguatezza va considerata alla stregua di una clausola generale dell'organizzazione d'impresa e, di guisa, un criterio, di natura inderogabile, della gestione a carico degli amministratori.

The introduction of the principle of capital adequacy to our legal system is an indication of the trend of transforming business theory into important legal provisions. In the absence of a definition of capital adequacy, the notion of company appraisal as a technical skill in the management of a company's activities is evolving and, at the same time, the organisation's role in this activity is performed through a knowledge of technical and scientific skills and of the company's inherent business risks. It's necessary to assess in concrete terms whether the values, regarding which a businessman's merits in the organisation and in the performance of business activities will be judged, have been complied with and, subsequently, to compare them with the limits imposed by accepted levels of prudence. Capital adequacy implies conceptual relativism: it needs to be linked not only to questions of dimension, but also to the actual activity carried on by the enterprise, as primary parameters of company classification and assessment which the law indicates and regulates, albeit in different ways. A suitable company structure is, however, the result of business choice: capital adequacy should be considered as a general principle of company organisation and, as a result, an essential management criterion for company directors.

Articoli e Saggi

Delegation of power to private parties: the issue of standardisation

Alessandra Santangelo

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. General background: from Government to Governance. – 3. The idea of re-regulation and the legitimacy concern. – 4. The Meroni doctrine and its applicability under the Treaty of Lisbon. – 5. The historical evolution and the 'New Approach' Directives. – 6. The European standards bodies. – 7. The role of national organisations. – 8. Criticisms of the present mechanism. – 9. Monitoring tools. – 10. Brief conclusions.

1. *Introduction.*

In order to foster the economic integration which represents a traditional cornerstone of the European Union, it is necessary to eliminate all the technical barriers to trade which could jeopardise the free circulation of goods and services within the common market. In this respect, standardisation remains one of the most controversial tools used to achieve that fundamental aim. Identifying common references to ensure safety and security, both for consumers and economic operators, represents an activity as difficult as necessary. In fact, the determination of standards shall provide homogeneous rules able to govern the exchange of products, enhancing co-operation among Member States.

It needs to follow the continuous technological innovations which characterise the present society and requires decisions to be updated as rapidly as possible. The length and complexity of the ordinary decision-making proceedings do not satisfy the needs of a market which unceasingly evolves, demanding fast and efficient solutions. The Union delegates the power to set these technical rules to

* The paper is a revised version of the author's dissertation project, successfully examined at King's College London in 2013.

three associations ruled by private law which are entitled to adopt the standards in accordance with the so called 'New Approach' Directives. However, delegating public functions raises several problems, connected not only with the constitutional legitimacy of this measure, but also with the boundaries it has to respect not to alter the internal balance of the European jurisdiction.

Hence, the paper argues that the standards associations are required to adopt decisions which risk overpassing the limit of 'mere executive powers' established by the Union's case law, as they have to balance opposite interests, depending on the needs of their national members and, in particular, of the main industrial actors. The entire system should be rationalised, as it plays a fundamental role for the development of the internal market, influencing almost all the products circulating in Europe. Any doubt concerning the legitimacy of this mechanism risks undermining its effects to the detriment of the citizens' prerogatives.

2. *General background: from Government to Governance.*

It is undeniable that the role played by the State in the present society is completely different from its traditional central position. The monopoly it had in the governmental activities has been eradicated, due to the process of globalisation and differentiation of economic and political fields¹.

In the global era, the streamlined trade of goods, capital and services across national borders, strengthened by the European economic and monetary integration, fades the traditional State's powers and exacerbates the need for cooperation among institutions, seated both at national and supranational level². In this context, the involvement of private parties becomes a strategic tool to achieve public goals, originating new forms of Governance³. Obviously, a vigorous debate arises, concerning the role private parties should play: in fact, as an alternative to the so called *laissez-faire* approach, A. Aman suggests to consider

¹ H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, 2005, 1-414.

² G. MAJONE, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, *Journal of Public Policy*, 1997, 142.

³ A. AMAN, *The Limits of Globalisation and the Future of Administrative Law: From Government to Governance*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8, 2001, 379-391. Providing a definition of «Governance» is extremely hard since it is a broad concept, dealing with different fields. In the Professor C. JOERGES' words, it is «neither a well-defined legal discipline, nor a policy field. Instead it designates a spectrum of activities that has evolved with the gradual integration of European markets»; the idea is frequently referred to by political scientists in order to explain the phenomenon of «Governance without Government» (C. JOERGES and R. DEHOUSSE, *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, 2002, 4-5).

Delegation of power to private parties: the issue of standardisation - *La delega di potere ai soggetti privati: il problema della standardizzazione*

This paper investigates the phenomenon of standardisation as an instrument to delegate public powers to private entities. The free circulation of goods and services within the European Union requires Member States to agree upon homogeneous rules, able to eliminate any technical barrier to trade. The conferral of public functions, indispensable to adopt extremely technical decisions, needs to respect the specific boundaries established by the case law to preserve the legitimacy of the system. Focusing on the structure, procedure and guarantees established to govern the European standards organisations as well as the national ones, the analysis attempts to identify the several concerns raised by the interconnections between the public and private sphere, in order to present some possible remedies.

Il lavoro analizza il fenomeno della standardizzazione come strumento per delegare i poteri pubblici a soggetti privati. La libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno dell'Unione europea impone agli Stati membri di concordare regole omogenee, in grado di eliminare ogni ostacolo tecnico per il mercato. Il conferimento di funzioni pubbliche, indispensabile per adottare decisioni prettamente tecniche, deve rispettare i limiti specifici stabiliti dalla giurisprudenza per garantire la legittimità del sistema. Concentrandosi sulla struttura, la procedura e le garanzie stabilite per regolare gli organismi di normazione europei e quelli nazionali, l'analisi intende rilevare le varie criticità che scaturiscono dalle interconnessioni tra la sfera pubblica e privata, al fine di fornire alcuni possibili rimedi.

Articoli e Saggi

L'elemento oggettivo e l'elemento psicologico della sanzione prevista dall'art. 16, commi 3 e 4, della direttiva 2003/87/CE, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia

Antonio Donato Coscia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo di riferimento. – 3. Il carattere offensivo della condotta dell'agente in relazione all'interesse giuridico protetto dall'art. 16 della direttiva. – 3.1. Il confronto tra l'interpretazione della Corte di giustizia e le teorie della dottrina penalistica sul reato inteso come offesa al bene giuridico protetto. – 3.2. Le possibili ripercussioni sullo schema generale dell'elemento oggettivo dell'illecito amministrativo nell'ordinamento nazionale. – 4. La rilevanza dell'elemento psicologico dell'illecito previsto dall'art. 16 della direttiva: il nesso psichico e la causa di esclusione della forza maggiore. – 4.1. L'elemento psicologico degli illeciti ammini-

* CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sez. II, 17 ottobre 2013, *Billerud Karlsborg AB, Billerud Skärblacks AB v Naturvårdsverket*, C-203/12 - Pres. Lapuerta - Rel. Bonichot - Avv. Gen. Mengozzi.

1. Direttiva 2003/87/CE - Sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra - Ammenda sulle emissioni in eccesso - nozione di emissione in eccesso.

2. Direttiva 2003/87/CE - Sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra - Ammenda sulle emissioni in eccesso - interesse tutelato.

3. Direttiva 2003/87/CE - Sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra - Ammenda sulle emissioni in eccesso - elemento soggettivo - ipotesi di forza maggiore.

1. L'articolo 16, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2003/87/CE deve essere interpretato nel senso che la relativa sanzione si applica anche al gestore che sia in possesso delle quote, ma che non abbia adempiuto l'obbligo di restituzione delle medesime a causa di un malfunzionamento amministrativo interno.

2. La sanzione di cui all'articolo 16, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2003/87/CE tutela in via diretta esclusivamente l'efficienza del mercato delle quote di emissione non anche l'ambiente, che invece è solo il fine ultimo della direttiva.

3. Al fine di escludere l'applicazione della sanzione prevista dall'articolo 16, paragrafi 3 e 4, è necessaria un'ipotesi di forza maggiore, derivante da una causa esterna all'operatore, che abbia conseguenze ineluttabili e inevitabili, tali da rendere obiettivamente impossibile l'osservanza della legge.

strativi previsti dal diritto europeo e dal diritto nazionale: la colpa e le cause di esclusione della buona fede e dell'errore scusabile. – 4.2. La compatibilità della soluzione della Corte di giustizia con la struttura generale dell'elemento psicologico dell'illecito amministrativo negli ordinamenti europeo e nazionale. – 4.3 La compatibilità della soluzione della Corte di giustizia con i principi della CEDU. – 4.4 Conclusioni.

1. *Premessa.*

La sentenza in commento ha esaminato la struttura della sanzione amministrativa prevista dall'art. 16, commi 3 e 4, della direttiva n. 87 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 2003, che ha istituito un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione Europea.

La Corte di giustizia ha ricostruito l'elemento oggettivo e l'elemento psicologico dell'illecito, enunciando principi che potrebbero ritenersi validi per l'insieme delle sanzioni che il legislatore europeo ha posto a presidio delle direttive volte della riduzione delle emissioni di gas a effetto serra all'interno dell'Unione Europea nonché, più in generale, per le sanzioni che tutelano interessi di rango primario del diritto europeo.

Come si vedrà nel prosieguo, una particolare attenzione è stata rivolta all'esatta individuazione dell'interesse giuridico tutelato dalla previsione della sanzione¹. Tale attenzione potrebbe essere giustificata assumendo che il pregiudizio arrecato all'interesse protetto concorre a perfezionare l'elemento oggettivo dell'illecito, secondo una logica che richiama le riflessioni di una parte della dottrina penalistica relative al concetto di reato inteso come offesa a un bene giuridico².

Con riferimento, invece, all'elemento psicologico idoneo a configurare l'illecito, la Corte di giustizia ha affermato che esso può essere escluso (solo) da un caso di forza maggiore³. Nel seguito della trattazione, si illustrerà come ciò implichi una significativa attenuazione dell'elemento soggettivo⁴. Alla luce della prossima adesione dell'Unione Europea alla CEDU, si verificherà se l'orientamento espresso dal giudice comunitario possa essere ritenuto conforme alle garanzie dei diritti fondamentali riconosciute dalla CEDU⁵.

Ciò premesso, al fine di meglio cogliere il senso delle statuizioni del giudice europeo, può essere utile una breve ricognizione preliminare della normativa al cui rispetto è preordinata la sanzione in commento.

¹ Cfr. da punto n. 22 a punto n. 30 della sentenza.

² Cfr. paragrafi 3.1 e 3.2.

³ Cfr. punto n. 31 della sentenza.

⁴ Cfr. paragrafi 4, 4.1 e 4.2.

⁵ Cfr. paragrafo 4.3.

L'elemento oggettivo e l'elemento psicologico della sanzione prevista dall'art. 16, commi 3 e 4, della Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 2003, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia. - *Objective and psychological elements in the sanction provided for by art. 16, paragraphs 3 and 4, of the European Parliament and European Council's 2003/87/CE Directive of 13 October 2003, according to the interpretation of the Court of Justice*

Il lavoro commenta la sentenza della Corte di giustizia 17 ottobre 2013, *Billerud Karlsborg AB, Billerud Skärblacka AB v Naturvårdsverket*, C-203/12, che ha ricostruito gli elementi oggettivo e soggettivo della sanzione amministrativa prevista dall'art. 16, par. 3 e 4, della direttiva 2003/87/CE.

Con riferimento all'elemento materiale, si indaga se, alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte, il principio di offensività proprio della materia penale possa ritenersi in via di principio applicabile anche alle sanzioni amministrative previste dal diritto europeo.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, l'articolo illustra il concetto di coscienza e volontarietà dell'azione od omissione e quello di forza maggiore, dei quali la Corte di giustizia ha fatto applicazione nel caso concreto.

In particolare, si esamina se la soluzione del giudice comunitario debba essere ritenuta conforme, da un lato, alla teoria generale dell'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo elaborata in seno agli ordinamenti comunitario e nazionale; dall'altro ai principi affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in sede CEDU.

The article comments on the Court of Justice's sentence of 17 October 2013 re *Billerud Karlsborg AB, Billerud Skärblacka AB v Naturvårdsverket*, C-203/12, which recognised the objective and subjective aspects of the administrative sanction foreseen in art. 16, para. 3 and 4 of Directive 2003/87/CE. With reference to the material aspect, the question is whether, in the light of the position taken by the Court, the principle of injuriousness in criminal law is also applicable to administrative sanctions provided for by European law. With regard to the subjective aspect, the article illustrates the concept of conscience and the wilfulness of an action or its omission and that of force majeure, which the Court of Justice made reference to in the case in question. In particular, the paper examines the question of whether the European Community Judge's solution may be considered on one hand as conforming to the general theory of the subjective aspect of administrative offenses (as analysed in the light of European Community and national legal frameworks); and on the other hand, to the principles laid down by European Court jurisprudence regarding human rights with reference to the ECHR.