

# Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico  
Alberto Maria Gambino

## COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa  
Vincenzo Di Cataldo  
Giusella Finocchiaro  
Giorgio Florida  
Gianpiero Gamaleri  
Alberto M. Gambino  
Gustavo Ghidini  
Andrea Guaccero  
Mario Libertini  
Francesco Macario  
Roberto Mastroianni  
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli  
Enrico Moscati  
Alberto Musso  
Luca Nivarra  
Gustavo Olivieri  
Cristoforo Osti  
Roberto Pardolesi  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Sena  
Salvatore Sica  
Vincenzo Zeno-Zencovich  
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

# QUADERNI DI

## diritto mercato tecnologia



Ministero  
dei beni e delle  
attività culturali  
e del turismo



**CREDA**  
Centro di Ricerca  
di Eccellenza per  
il Diritto d'Autore



**IAIC**  
ITALIAN ACADEMY OF  
THE INTERNET CODE

**Numero 4**  
**Anno IV**  
**Ottobre/Dicembre 2014**

CON CONTRIBUTI DI:

Lorella Bianchi, Giuseppe D'Acquisto, Emanuela Delbufalo,  
Martina Ferraro, Marina Monsurrò, Mario Palma, Maria Sole Staffa

## SOMMARIO

Cultura, industria e proprietà intellettuale

**La capacità distintiva del marchio e l'utilizzo di parole straniere diventate di uso comune nel linguaggio della rete**

*di Martina Ferraro*

p. 6

Mercato, concorrenza e regolazione

**A game-theory perspective on market cooperation**

*di Emanuela Delbufalo e Marina Monsurrò*

p. 16

**Some considerations regarding the determination, by historical data, of the elimination probabilities from a collectivity for different reasons**

*di Maria Sole Staffa*

p. 40

Diritti della persona e responsabilità in rete

**La sentenza Google e la questione delle esternalità dei trattamenti di dati personali**

*di Lorella Bianchi, Giuseppe D'Acquisto*

p. 53

**Note in tema di giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità per danno erariale degli amministratori delle società in house (nota a margine della sentenza n. 7177 del 26 marzo 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione)**

*di Mario Palma*

p. 68

## COMITATO SCIENTIFICO

- Prof. Guido Alpa
- Prof. Vincenzo Di Cataldo
- Prof. ssa Giusella Finocchiaro
- Prof. Giorgio Floridia
- Prof. Gianpiero Gamaleri
- Prof. Alberto M. Gambino
- Prof. Gustavo Ghidini
- Prof. Andrea Guaccero
- Prof. Mario Libertini
- Prof. Francesco Macario
- Prof. Roberto Mastroianni
- Prof. Giorgio Meo
- Prof. Cesare Mirabelli
- Prof. Enrico Moscati
- Prof. Alberto Musso
- Prof. Luca Nivarra
- Prof. Gustavo Olivieri
- Prof. Cristoforo Osti
- Prof. Roberto Pardolesi
- Prof. ssa Giuliana Scognamiglio
- Prof. Giuseppe Sena
- Prof. Salvatore Sica
- Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich
- Prof. Andrea Zoppini

## COMITATO DI REFEREE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Fernando Bocchini
- Roberto Bocchini
- Francesco Di Ciommo
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Enrico Minervini
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Cristina Schepisi
- Antonella Tartaglia Polcini
- Raffaele Trequatrin
- Daniela Valentino
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

## COMITATO DI REDAZIONE

- Davide Mula, Università Europea di Roma (Coordinatore del Comitato di Redazione)
- Martina Provenzano (Vice-coordinatore del Comitato di Redazione)
- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)
- Mattia de Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)

- Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
- Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Anna Chiara Calabrese, Università Europea di Roma
- Oreste Calliano, Università degli studi di Torino
- Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
- Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
- Philipp Fabbio, Università degli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
- Monica La Pietra, Università Europea di Roma
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma
- Giuseppina Napoli, Università Europea di Roma
- Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
- Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
- Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre
- Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza
- Ana Ramalho, Università di Amsterdam
- Andrea Renda, LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna

- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna
- Claudia Stazi, Università degli studi Roma Tre
- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

#### Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Ferdinando Tozzi

**Note in tema di giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità per danno erariale degli amministratori delle società in house (nota a margine della sentenza n. 7177 del 26 marzo 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione).**

*di*  
**Mario Palma**

**Abstract**

Con la sentenza n. 7177 del 26 marzo 2014 delle Sezioni Unite la Corte di Cassazione interviene nuovamente sul tema della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità per danno erariale nei confronti degli amministratori di una s.p.a. *in house*.

Tale decisione si colloca nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Cassazione che, riconosce la giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale causato dagli amministratori di società in house.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, la natura delle società in house si contraddistingue per la mancanza di alterità tra il soggetto pubblico controllante e la struttura societaria; l'ente pubblico infatti dispone della società in house come di una propria articolazione interna.

La natura della società *in house*, tuttavia, continua ad apparire controversa alla luce dei diversi orientamenti giurisprudenziali affermatasi nel tempo.

*With the decision no. 7177 of March 26, 2014 of the Joint Chambers of the Court of Cassation, the latter addressed again the issue concerning the jurisdiction of the Court of Auditors in relation to the liability for loss of revenues against the directors of an in-house joint stock company.*

*This decision is part of the Court of Cassation case law recognizing the jurisdiction of the Court of Auditors in relation to loss of revenues caused by the directors of an in-house company. According to the Court of Cassation case law, the nature of the in-house companies is characterized by the lack of diversity between the controlling public entity and the [controlled] company; indeed the public body controls the in-house company as if it was its own internal structure. The nature of the in-house company, however, continues to appear controversial due to the different case law positions and legal interpretations.*

**Sommario:** 1. La sentenza n. 7177 del 26 marzo 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - 2. I requisiti delle società *in house* nella giurisprudenza della Corte di Cassazione - 3. La progressiva pubblicizzazione del regime giuridico della società *in house*.

**1. La sentenza n. 7177 del 26 marzo 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.**

La sentenza n. 7177 del 26 marzo 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nuovamente affronta la problematica, da tempo oggetto di attenzione nella giurisprudenza, della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità per danno erariale nei confronti degli amministratori di una s.p.a. *in house* [1].

In data 8 settembre 2008, il PG contabile ha proposto azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di due società e di alcuni funzionari della Regione Marche.

L'azione proposta dal PG aveva ad oggetto le operazioni di costituzione societaria per la realizzazione e gestione di un' area portuale.

Per la realizzazione di tale area, una società *in house* partecipata interamente dalla Regione Marche aveva costituito una società controllata, il cui capitale era interamente partecipato dalla controllante .

La società controllata, per la realizzazione dell'area portuale, aveva usufruito di un contributo, successivamente restituito alla Regione Marche in quanto indebitamente erogato.

A fronte di tali circostanze, il PG ha ritenuto che le operazioni poste in essere per la realizzazione dell'area portuale, a seguito della restituzione del contributo, avrebbero causato un danno patrimoniale alla società *in house* controllante, e quindi all'erario.

La Corte dei Conti, con sentenza del 3 febbraio 2010 ,ha declinato la propria giurisdizione prendendo atto dell'orientamento della Corte di Cassazione in materia di società *in house*.

In grado di appello, con sentenza del 23 aprile 2013, è stata confermata la decisione del giudice di primo grado.

Tali pronunce hanno motivato la declinatoria di giurisdizione in base al mancato possesso ,in capo alla società controllante, dei requisiti stabiliti per le società *in house* al tempo in cui si sono svolte le operazioni che avrebbero causato l'asserito danno erariale.

A seguito di tale pronuncia, il Procuratore Generale, con atto del 17 aprile 2013, ha proposto ricorso per Cassazione sostenendo la natura di società *in house* della società controllante sin dalla sua costituzione avvenuta il 29.1.2001.

Tale pronuncia si colloca nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Cassazione che, pur riconoscendo la giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale causato dagli amministratori di società *in house*, áncora l'individuazione della natura giuridica di tali società a precisi elementi.

Essi sono stati individuati, come è noto, nella totale partecipazione del capitale da parte di uno o più enti pubblici, nello svolgimento prevalente dell'attività a favore di tali enti e nella sussistenza di forme di controllo analoghe a quelle sui propri uffici esercitate dall'amministrazione in capo alla società[2].

La sussistenza dei suddetti elementi incardina la giurisdizione della Corte dei Conti sull'attività di gestione degli amministratori delle società *in house*.

Va rilevato che la decisione in commento sembra confermare gli orientamenti della giurisprudenza ordinaria e amministrativa circa cosa debba intendersi per controllo analogo da parte dell'amministrazione .

La definizione di cosa vada inteso per controllo analogo sembra, infatti, avvicinarsi progressivamente al modello pubblicistico del rapporto gerarchico; da tale modello possono derivare rapporti ben diversi rispetto a quelli che derivano dai poteri di controllo esercitati dall'assemblea dei soci rispetto agli amministratori .

Inoltre, va rilevato come i suddetti orientamenti giurisprudenziali portano ad un riflessione circa la natura della società *in house*, il cui regime giuridico sembra progressivamente avvicinarsi a quello dell'ente pubblico[3].

Infatti, l'orientamento della Corte di Cassazione, in materia di danno erariale causato dagli amministratori di società *in house*, se esaminato in congiunzione con le non univoche pronunce giurisprudenziali in materia di fallimento e alle disposizioni normative in materia di selezione del personale delle società a partecipazione pubblica, fa sorgere più di un dubbio sull'evoluzione che la figura della società *in house* ha subito negli ultimi anni.

## **2. I requisiti delle società in house nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.**

La sentenza n. 7177/14 in commento per la definizione della controversia ha richiamato la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di responsabilità per danno erariale degli amministratori di società costituite e partecipate da enti pubblici [4].

Va precisato che, pur applicando i criteri stabiliti dalla giurisprudenza, la decisione in commento affronta un caso peculiare, che si caratterizza per la necessità di individuare il momento in cui la società di proprietà della Regione Marche possa essere qualificata come società *in house*.

Tale società, infatti, pur se costituita nel 2001, viene qualificata espressamente come *in house* solo a partire dal 2008, data di approvazione del nuovo statuto.

Secondo il Procuratore generale contabile, a prescindere dalla qualificazione formale, i caratteri della società *in house* erano già rinvenibili sin dal 2001, data di costituzione della spa della Regione Marche, in tal modo affermandosi la giurisdizione della Corte dei Conti per i fatti contestati agli amministratori della società.

Il giudice di legittimità, di conseguenza, ha dovuto verificare, sulla base degli elementi di fatto portati alla sua attenzione, se effettivamente i requisiti fissati dalla giurisprudenza per la qualificazione della società come *in house* fossero rinvenibili sin dal 2001 o solo in data successiva.

Come già detto, i requisiti di una società *in house* sono: la totale partecipazione del capitale da parte di un ente pubblico; lo svolgimento prevalente dell'attività a favore di tali enti; la sussistenza di forme di controllo analoghe a quelle esercitate dalla p.a. sui propri uffici[5].

Per quanto attiene alla totale partecipazione del capitale sociale da parte di uno o più enti pubblici, va precisato come non sia sufficiente che le quote societarie siano interamente di proprietà di enti pubblici; lo statuto deve infatti prevedere la incedibilità delle quote a soggetti privati[6].

Tale elemento, di derivazione comunitaria, viene posto in rilievo nella sentenza in commento attraverso il richiamo operato alla sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 26283 del 2013.

Il requisito della prevalente attività a vantaggio dell'ente pubblico ha una duplice valenza: in primo luogo, infatti, l'attività che deve essere prevalente è quella da svolgere in attuazione dell'incarico di servizio pubblico attribuito dall'amministrazione di riferimento [7].

In secondo luogo, il requisito della prevalente attività va inteso nel senso di divieto per la società *in house* di operare significativamente sul mercato in posizione concorrenziale rispetto ai privati .

Lo svolgimento prevalente dell'attività può configurarsi secondo due modalità; una prima modalità è quella in cui la società *in house* produce beni e servizi destinati all'utenza in sostituzione della pubblica amministrazione.

Una seconda modalità, invece, prevede che la società *in house* procuri le risorse necessarie alla p.a. per i propri compiti istituzionali .

Come è evidente, nel primo caso non vi è alcuna gara di affidamento; nel secondo caso, invece, la società *in house* si sostituisce all'ente pubblico come stazione appaltante.

In merito, va precisato come la sentenza in commento richiami la giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia, per la quale la valutazione della prevalenza dell'attività non risulta ancorata solo a criteri quantitativi (fatturato e risorse economiche impiegate nell'attività) ma anche qualitativi[8].

Per quanto concerne infine il requisito del c.d. controllo analogo[9], deve precisarsi come con tale locuzione si intenda l'intensità del controllo esercitato dalla pubblica amministrazione sulla società, inteso in senso più ampio ed incisivo rispetto alle previsioni del codice civile[10].

La dottrina e la giurisprudenza amministrativa, in relazione al requisito del controllo analogo, hanno proceduto a distinguere condivisibilmente tra le diverse figure del controllo sull'attività e del controllo cd. Strutturale.

Il controllo strutturale[11] va inteso nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo[12].

Per quanto attiene al controllo sull'attività, invece, la recente giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'amministrazione deve essere titolare, oltre del potere di direttiva e di indirizzo, anche del potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici[13].

La proprietà delle quote sociali, anche minoritarie, da parte di privati esclude il controllo analogo in quanto l'amministrazione non potrà in tale ipotesi esercitare poteri riconducibili al modello del rapporto gerarchico tra organi della p.a [14].

La partecipazione pubblica totalitaria è, quindi, elemento presupposto perché possa attuarsi quello del controllo analogo .

Di conseguenza, perché si realizzi il controllo analogo da parte della p.a. sugli organi della società *in house* è necessario che accanto ai poteri che l'ente locale esercita come socio secondo le regole previste dal codice civile, vi siano anche intensi e significativi poteri pubblicistici[15].

Va rilevato che la giurisprudenza ammette anche il c..d. *in house* frantumato, che si realizza quando il capitale sociale appartiene ad una pluralità di soci pubblici; in tale ipotesi ,la dottrina ha affermato che presenza di una pluralità di soci non osta all'esercizio del controllo analogo purchè vengano adottati adeguati moduli di gestione [16].

Nella pronuncia in commento, il giudice di legittimità ha affermato che il quadro normativo e statutario di riferimento è quello relativo all'epoca della condotta e non quello sussistente all'epoca della domanda del PG contabile.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, l'elemento fondamentale ai fini della determinazione della giurisdizione è la configurazione del rapporto intercorrente tra il socio pubblico e la società al momento della condotta.

Alla luce di tali considerazioni, il giudice di legittimità ha esaminato le disposizioni statutarie all'epoca della condotta causativa di danno per verificare se l'intensità del rapporto intercorrente tra socio pubblico e società avesse i caratteri previsti dalla giurisprudenza ai fini del controllo analogo.

Va rilevato come la Corte di Cassazione sottolinei che in mancanza della documentazione relativa agli statuti della società, non fornita dalla parte ricorrente, la valutazione circa la sussistenza del controllo analogo sia stata realizzata in base alla ricostruzione delle disposizioni statutarie posta in essere dallo stesso PG contabile nell'atto di appello avverso la prima decisione della Corte dei Conti, sezione Marche, del 3 febbraio 2010.

La Cassazione rileva come, al di là della circostanza che la qualificazione formale di società *in house* non appaia nello statuto societario prima del 2008, non sussistevano all'epoca della condotta causativa del danno quegli elementi sostanziali necessari per la configurazione di una società *in house* .

Non vi erano, infatti, nello Statuto societario disposizioni che impedissero l'alienazione di quote del capitale sociale a privati; inoltre, non vi era la previsione di poteri ulteriori rispetto a quelli di nomina del Presidente del Consiglio di amministrazione e del Presidente del collegio dei sindaci.

Inoltre, il giudice di legittimità rileva come il controllo sull'andamento del contratto stipulato tra ente pubblico e società fosse affidato al un gruppo di lavoro misto .

Tali poteri non configurano una ipotesi di controllo da parte dell'ente analogo a quello derivante dal rapporto di gerarchia tra organi della pubblica amministrazione[17].

In tal senso, sembra particolarmente rilevante la circostanza che i poteri di controllo sull'attività di gestione non fossero affidati direttamente all'ente pubblico; la mancanza di tale potere in capo alla p.a. è elemento fondamentale per l'esclusione di un rapporto di tipo gerarchico tra amministrazione e società.

Va in merito rilevato che secondo la dottrina è proprio il potere di ingerenza della s.p.a nella gestione della società a determinare la sussistenza del requisito del controllo analogo da parte dell'amministrazione.

### **3. La progressiva pubblicizzazione del regime giuridico della società *in house*.**

La pronuncia in commento, pur affrontando un caso peculiare, è coerente con l'orientamento di recente espresso dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 26283 del 2013.

Come è noto, la citata sentenza ha affermata la giurisdizione della Corte dei Conti per l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che abbiano causato danno alla società *in house*.

Il presupposto di tale decisione è il riconoscimento della particolare natura della società *in house* che, come ricordato anche nella sentenza in commento, secondo la Corte di Cassazione si contraddistingue per la mancanza di alterità tra il soggetto pubblico controllante e la struttura societaria[18].

Secondo la ricostruzione operata dalla citata sentenza del 2013, richiamata nella sentenza in commento, tra l'ente pubblico e la società *in house* esiste un rapporto di subordinazione all'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna.

In merito la giurisprudenza costituzionale ha affermato che «secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti tale tipo di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'*in house* providing un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'*in house* contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo» [19].

Una analoga posizione si evince nella giurisprudenza amministrativa che ha affermato come il rapporto tra ente pubblico controllante e società *in house* non assuma caratteristiche assimilabili al controllo esercitato da un maggioranza assembleare, bensì è un controllo di tipo amministrativo, paragonabile ad un controllo di tipo gerarchico; da ciò il giudice

amministrativo desume che «la società *in house*, lungi dall'essere qualificabile nella sostanza come ente di diritto privato è, in realtà, come recentemente affermato dalla Corte di Cassazione, assimilabile ad un ente pubblico»[20].

Va, tuttavia, rilevato come la recente giurisprudenza, in sede civile, abbia affermato che la circostanza che le società *in house* siano sottoposte a regime particolare rispetto alle altre s.p.a. non fa venire meno la loro natura privatistica con riferimento agli obblighi contributivi dei dipendenti [21].

un elemento a favore del carattere sostanzialmente pubblicistico di tali strutture societarie sembra potersi dedurre dalle norme vigenti e dalle pronunce giurisprudenziali più recenti in materia di selezione del personale. È noto come la giurisprudenza in passato abbia affermato che il reclutamento del personale nelle società a partecipazione pubblica rispondesse al regime privatistico[22].

Successivamente, è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 29 del 2006, che qualificando le società *in house* come soggetti che pur formalmente privati sono sottoposti ad un regime giuridico assimilabile a quello degli enti pubblici, ha dichiarato costituzionalmente legittime le norme regionali che hanno previsto il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica per la selezione del personale[23].

A livello statale la disciplina che impone alle società a partecipazione pubblica che erogano servizi di interesse generale il rispetto delle norme per la selezione del personale di cui all'art. 35 comma 3 del D. Lgs n. 165 del 2001 è stata dettata dall'art. 18 del d.l. 112/2008, come successivamente modificato ed integrato.

Per le società *in house* la disciplina vigente è contenuta nell'art. 3 bis, comma 6, del D.L. n. 138 del 2011, convertito nella legge n. 148 del 2011, e modificato dall'art. 1, comma 559, della legge di stabilità 2014, che prevede specificamente il rispetto del citato art. 35 comma 3 per la scelta del personale.

A livello giurisprudenziale, oltre alla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 29 del 2006, va rilevato come il rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità per la selezione del personale risulti confermato anche dalle pronunce della Corte di Cassazione e dei giudici di merito[24].

Un ulteriore elemento che pone più di un dubbio circa la natura delle società *in house* è rappresentato dal contrasto giurisprudenziale in materia di fallimento.

La problematica del fallimento di una società partecipata dalla pubblica amministrazione è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza .

Il fallimento di una società *in house*, infatti, non è univocamente accolto in giurisprudenza, in particolare a seguito della citata sentenza n. 26283 del 2013.

A seguito di tale sentenza, infatti, va rilevato come i giudici di merito abbiano più volte affermato nella giurisprudenza più recente che la natura

sostanzialmente pubblicistica delle società *in house* non consente il loro fallimento.

La qualificazione della società come *longa manus* dell'amministrazione configurerebbe il patrimonio della società alla stregua di un patrimonio separato dell'ente pubblico, come tale non assoggettabile al fallimento [25].

Va tuttavia rilevato che una recente pronuncia della Corte di Cassazione, n. 22209 del 27-09-2013, ha riconosciuto la fallibilità delle società a partecipazione pubblica.

Secondo tale pronuncia «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico - comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, 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 le stesse forme e con le stesse modalità». [26]

Tali argomentazioni appaiono parzialmente convincenti; in particolare, collegare la fallibilità delle società a partecipazione pubblica, ivi comprese le società *in house*, alla necessità del rispetto delle regole di concorrenza appare improprio. Infatti, uno degli elementi fondamentali ai fini della qualificazione di una società come *in house* è proprio il rispetto del divieto di operare nel mercato, derivante dall'obbligo di attività prevalente nei confronti della p.a. .

Operare al di fuori del regime concorrenziale è, infatti, uno degli elementi che consente di configurare una società *in house*.

Il quadro ricostruito appare quindi controverso. Tuttavia, non può non rilevarsi come la società *in house* tenda verso una evidente pubblicizzazione; nel silenzio del legislatore, il giudice di legittimità è comprensibilmente prudente nella qualificazione della società *in house* come soggetto di diritto pubblico.

In ogni caso, la qualificazione sostanziale delle società come strutture prive di alterità soggettiva rispetto alla pubblica amministrazione controllante, emergente nella giurisprudenza ordinaria ed amministrativa più recente, imporrebbe una rinnovata riflessione approfondita intorno a tale utile strumento di gestione dei servizi pubblici, riflessione che sia auspicio di un complessivo intervento del legislatore sia nazionale che comunitario.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] In generale sulle società in house si veda, almeno : G. M. Maddalena, *Riflessioni in tema di società in house, controllo analogo e discrezionalità gestoria* , in *Giurisprudenza di merito*, n.6, 2012, pag. 1349 e ss.; M. G. Pulvirenti, *Recenti orientamenti in tema di affidamenti "in house"* , in *Foro amministrativo CDS*, n.1, 2009, pag. 108 e ss.; I. Del Giudice, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amministrativo TAR*, n. 7, 2008, pag. 1546 e ss.; C. Acocella – F. Liguori, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria* , in *Foro amministrativo CDS*, n.3, 2008, pag. 756 e ss.; E. Piga, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società "in house" e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, in *Foro amministrativo CDS*, n. 9, 2007, pag. 2669 e ss.; O.M. Calsolaro, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia Ce torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Foro amministrativo CDS*, n. 4, 2006, pag. 1670 e ss.; R. Ursi *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»* in *Foro italiano*, n.4, 2006, pag. 79 e ss.; E. Scotti *Società' miste tra "in house providing" e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia* in *Foro amministrativo CDS*, n.3, 2005, p. 666 e ss.; G. Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Rivista italiana di diritto commerciale* , n.10, 2000, p.461 e ss.; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, 2003.

[2] In merito v. ex multis, Cassazione civile, sez. un., 22 luglio 2014 n. 16622 ; Corte Costituzionale 16 luglio 2014 n. 199; Cassazione civile, sez. un., 22 luglio 2014 n. 16622; Consiglio di Stato, sez. VI, 17 gennaio 2014 n. 221; Cassazione civile, sez. un., 16 dicembre 2013 n. 27993; Cassazione civile, sez. lav., 16 dicembre 2013 n. 28022; Consiglio di Stato, sez. V, 06 luglio 2012 n. 3954; Consiglio di Stato, sez. VI, 24 settembre 2012 n. 5067; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd. 16 novembre 2011 n. 848; Corte Conti reg. (Liguria), sez. giurisd., 14 giugno 2011 n. 153; Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2010 n. 2063; Consiglio di Stato, sez. V, 07 luglio 2009 n. 4346.

[3] V. in merito Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5781, in tale sentenza si afferma che la società *in house* deve agire come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostantivo.

[4] Si ricorda, in particolare, la pronuncia della Corte di Cassazione, sez. un., 25 novembre 2013 n. 26283.

[5] V. in merito R. Villata, *Pubblici servizi*, Giuffrè, 2008, pag. 315 e ss.

[6] V. in merito Consiglio di Stato, sez. V 13 marzo 2014 n. 1181; Consiglio di Stato, Sezione V, 30 agosto 2006, n. 5072; Consiglio di Stato, Sezione V, 3 febbraio 2009, n. 591; Corte Giustizia Ce, Sezione I, 13 ottobre

2005, n. 458.; Si veda anche M. Roversi Monaco *L'affidamento in house del servizio di gestione dei rifiuti*, in *Foro amministrativo TAR*, n.7/8, 2009, pag. 2015.

[7]Così Consiglio di Stato, sez. V 24 luglio 2014, n. 3941

[8]Corte Costituzionale 23 dicembre 2008 n. 439

[9]Tale requisito trae origine dalla giurisprudenza comunitaria ed in particolare dalla sentenza della Corte UE, 18 novembre 1999, in causa c-107/98, Teckal srl c. comune di Viano nella quale si afferma : «l'ente locale deve esercitare sulla persona (giuridica) un *controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi* 1.la persona giuridica deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano; 2. non sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario». In merito v., anche M. Urso, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urbanistica ed appalti*, n.12, 2006, pag. 1417 ss.

[10] V. in merito Corte UE: caso Parking Brixen, 13.10.2005, causa c-458/03.

[11] Sulla rilevanza del controllo strutturale ai fini della valutazione della sussistenza del requisito controllo analogo v. D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, 2003, pag. 117 e ss

[12] V. in merito ai caratteri del controllo strutturale, S. Colombari, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)* in *Urbanistica e appalti*, n.2, 2008, pag. 211 e ss.

[13]Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762.

[14] In merito al divieto di alienazione delle quote v. Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 3 marzo 2008 n. 1.

[15]V. Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5; sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1514; Corte di giustizia., 6 aprile 2006, C-410/04.

[16]Sul punto v. M. G. Roversi Monaco, *I caratteri delle gestioni in house providing*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2006, pag. 1371 e ss.; M. Comba, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 5, 2008, pag. 549 e ss.; R. Cavallo Perin – D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2006, pag. 51 e ss.; A. Lolli, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei* in *Foro amministrativo TAR*, n. 6, 2005, pag. 1937 e ss.

[17]In merito si rinvia a quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, *ex multis* v. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005 n. 986; T.A.R. Campania, sez. I, 13 settembre 2006 n. 8055; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13 novembre 2006, n. 4164; Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, 4 settembre 2007 n. 719; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 24 aprile 2008 n. 2533; T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 agosto 2008 n. 1721; Consiglio di Stato, A. P. 3 marzo 2008 n. 1.

[18]Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., 27 novembre 2013 n. 26283

- [19] V. in tal senso Corte costituzionale 5 ottobre 2010, n. 325; 20 marzo 2013 n. 46.
- [20] Così Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2014 n. 1181; A.P. 3 marzo 2008 n. 1.
- [21] *Ex multis* Corte di Cassazione, sez. lav., 23 Aprile 2014, n. 9204 ; sez. lav., 30 aprile 2014 n. 9466; sez. un., ord. 2 dicembre 2013 n. 26936; sez. un., ord. 22 dicembre 2011 n. 28330.
- [22] Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269.
- [23] V. in merito A. De Michele, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2011, pag. 73 e ss.
- [24] *Ex multis*, v. Corte di Cassazione, sez. lav., 18 giugno 2014 n. 13858; Tribunale del lavoro di Salerno n. 3847 del 2013.
- [25] Tribunale di Verona, decreto del 19.12.2013; Tribunale di Napoli, decreto 20.1.2014; Tribunale di Nola, decreto 30 gennaio 2014.
- [26] In senso conforme, v. Corte di Cassazione, sez. I, 6 dicembre 2012 n. 21991; Tribunale di Modena, decreto del 10 gennaio 2014.