

Cassazione civile, sez. I, 28 marzo 2023, n. 8794. Pres. Cristiano, Rel. Mercolino.

fatto

1. Con sentenza del 15 settembre 2015, il Tribunale di Lucca dichiarò il fallimento della (\*) S.r.l. in liquidazione, su istanza della stessa società, reputando irrilevante la circostanza che si trattasse di una società interamente partecipata dal Comune di (\*), operante secondo le modalità proprie degli affidamenti c.d. in house ed avente come oggetto sociale la gestione del patrimonio comunale e dei servizi pubblici locali, nonché attività complementari, in quanto la medesima società svolgeva anche una normale attività commerciale nel settore fieristico-congressuale e turistico-balneare.

2. I reclami proposti da X., già amministratore della società fallita, dalla Banca del Monte di Lucca S.p.a. e dalla B.D.M.M. e C. S.a.s., in qualità di creditrici, sono stati riuniti e rigettati dalla Corte d'appello di Firenze con sentenza del 19 maggio 2016.

A fondamento della decisione, la Corte ha escluso la possibilità di riconoscere ad una società di capitali la natura di ente pubblico in virtù della qualificazione della stessa come organismo di diritto pubblico, ai sensi del D.Lgs. n. 12 aprile 2006, n. 163, art. 3, comma ventiseiesimo, in quanto fondata su indici sostanziali e teleologici applicabili anche a soggetti formalmente privati, nei limiti dell'attività di interesse. Ha escluso inoltre la possibilità di annoverare la società debitrice tra gli enti pubblici di cui al X.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 1, in quanto dotata dei requisiti prescritti dal D.Lgs. n. 18 agosto 2000, n. 267, art. 113 ai fini della qualificazione come società in house pro-viding, dando atto della mancanza di un'espressa disposizione normativa che consenta di assimilare tali società ad enti pubblici e della sussistenza di argomenti in contrario, desumibili dalla L. 20 marzo 1975, n. 70, art. 4. Ha ritenuto altresì irrilevante la circostanza che le azioni o le quote della società siano possedute in tutto o in parte da enti pubblici, osservando che l'assoggettabilità a fallimento dipende dal possesso della qualità d'imprenditore commerciale, riconducibile alla stessa costituzione dell'ente in forma di società di capitali ed alla sua iscrizione nel Registro delle Imprese, anche in mancanza del concreto esercizio dell'attività d'impresa. Ha precisato che tale assoggettamento risponde all'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi che abbiano contrattato con la società, confidando nella titolarità da parte della stessa di un autonomo patrimonio, idoneo a fungere da garanzia per il soddisfacimento delle obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa, operando la società con normali strumenti privatistici e perseguendo, se non uno scopo di lucro, almeno il fine del pareggio di bilancio. Ha aggiunto che l'inquadramento privatistico delle società a partecipazione pubblica trova conferma nel D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, il quale dichiara applicabile alle stesse la disciplina del codice civile in materia di società di capitali, per quanto non diversamente stabilito, osservando comunque che nella specie risultava discutibile la stessa possibilità di qualificare la società debitrice come società in house: ha rilevato infatti che la (\*), oltre ad esercitare l'attività di gestione di servizi pubblici, gestiva anche il complesso immobiliare (\*), mediante l'affitto dell'azienda ad un'altra società, ritenendo dubbio anche l'esercizio del controllo analogo da parte del Comune, che negli ultimi tre anni aveva lasciato la società senza guida, avendo omesso di approvare i piani operativi annuali ed essendosi astenuto dal partecipare alle assemblee. Ha affermato infine che l'assoggettamento della società al fallimento non trovava ostacolo né nella natura dei beni che ne costituivano il patrimonio, la quale poteva rilevare esclusivamente ai fini dell'individuazione dei limiti e delle modalità dell'eventuale liquidazione concorsuale, né nell'esigenza di garantire la prestazione dei servizi pubblici, la cui gestione poteva essere affidata ad un altro soggetto.

3. Avverso la predetta sentenza hanno proposto ricorso per cassazione il X., per quattro motivi, illustrati anche con memoria, la B., per due motivi, e la Banca Carige - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia S.p.a., in qualità di procuratrice speciale della Banca del Monte di Lucca, per tre motivi. Il curatore del fallimento ha resistito con controricorso, illustrato anche con memoria.

#### Diritto

1. Preliminarmente, si rileva che con atti sottoscritti rispettivamente il 14 ed il 23 novembre 2022, nonché notificati e depositati in Cancelleria in pari data, i difensori della B. e della Banca del Monte di Lucca, a tanto espressamente abilitati dalle procure speciali rilasciate a margine ed in calce ai loro ricorsi, hanno dichiarato che le ricorrenti non hanno più interesse alla decisione ed hanno pertanto rinunciato alle rispettive impugnazioni, chiedendo disporsi l'integrale compensazione delle spese processuali.

Essendo le rinunce intervenute in data anteriore a quella dell'adunanza camerale, sussistono i presupposti prescritti dall'art. 390 c.p.c. per la dichiarazione di estinzione dei procedimenti, senza che assuma alcun rilievo la mancata accettazione delle rinunce da parte del controricorrente, la quale viene in considerazione esclusivamente ai fini del regolamento delle spese processuali, ai sensi dell'art. 391, secondo e comma 4, c.p.c., in quanto l'estinzione, comportando il passaggio in giudicato del provvedimento impugnato, fa venir meno l'interesse a contrastare l'impugnazione (cfr. Cass., Sez. Un., 24/12/2019, n. 34429; Cass., Sez. V, 28/05/2020, n. 10140; Cass., Sez. I, 22/05/2020, n. 9474).

2. Con il primo motivo del suo ricorso, il X. denuncia la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 2221 e 2249 c.c., dell'art. 1 della L. Fall., dell'art. 1, par. 6, della direttiva 2006/13/CE, del D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 113, dell'art. 3, commi venticinquesimo e ventiseiesimo, del D.Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 4 della L. n. 70 del 1975 e del D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13, sostenendo che, nell'escludere la configurabilità della società debitrice come ente pubblico, nonostante la qualificazione della stessa come organismo di diritto pubblico, la sentenza impugnata non ha tenuto conto della mancanza di alterità tra la (\*) e il Comune di (\*), desumibile dalla natura pubblica dei servizi affidati alla società e dal carattere demaniale dei beni ad essa conferiti. Premesso inoltre che, nel ritenere irrilevante il possesso dei requisiti necessari per la qualificazione della (\*) come società in house, la Corte d'appello non ha considerato che le stesse non costituiscono soggetti autonomi rispetto agli enti da cui promanano, ma mere articolazioni degli stessi, sostiene che l'esercizio di attività commerciale non ne esclude automaticamente la natura di enti pubblici, né comporta la loro assoggettabilità a fallimento.

3. Con il secondo motivo, il ricorrente insiste sulla violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 2221 e 2249 c.c., dell'art. 1 della L. Fall., dell'art. 1, par. 6, della direttiva 2006/13/CE, del D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 113, del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 3, commi venticinquesimo e ventiseiesimo, della L. n. 70 del 1975, art. 4 e del D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13, osservando che, nel dubitare della configurabilità della società debitrice come società in house, a causa del mancato esercizio del controllo analogo da parte del Comune, la sentenza impugnata non ha considerato che ciò che viene in rilievo, ai fini della predetta qualificazione, è esclusivamente la previsione di strumenti di controllo da parte dello statuto, indipendentemente dall'utilizzazione degli stessi in concreto.

4. Con il terzo motivo, il ricorrente deduce l'omesso esame di fatti controversi e decisivi per il giudizio, rilevando che, nel conferire rilievo alla gestione del complesso immobiliare (\*), ai fini dell'esclusione della configurabilità della società debitrice come società in house, la sentenza impugnata non ha considerato che tale attività, oltre a costituire una minima parte di quella

esercitata dalla società, è stata svolta mediante l'affitto dell'azienda in favore della Viareggio Versilia Congressi S.p.a., anch'essa interamente partecipata dal Comune, sulla base di direttive impartite da quest'ultimo. Aggiunge che, nell'escludere l'esercizio in concreto del controllo analogo, la Corte d'appello non ha tenuto conto dei documenti prodotti, attestanti le direttive impartite alla società, la partecipazione di rappresentanti del Comune ad incontri presso la Prefettura di (\*) aventi ad oggetto questioni concernenti il personale dipendente dalla società e l'ingerenza spiegata dal Comune nella gestione della società anche a seguito dello scioglimento del Consiglio comunale e della nomina di un Commissario straordinario.

5. Con il quarto motivo, il ricorrente lamenta la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 2342, comma 3, e 2464, comma 5, c.c., sostenendo che, nel circoscrivere alla sola fase di liquidazione l'incidenza della natura pubblica dei beni conferiti dal Comune nella società debitrice, la sentenza impugnata non ha considerato che la stessa assume rilievo fin dal momento della sottoscrizione della partecipazione, dal momento che, se riguardante un'ordinaria società commerciale, quest'ultima non avrebbe potuto essere effettuata mediante conferimenti in natura, non potendo gli stessi avere ad oggetto beni che non abbiano un concreto valore di realizzo, a causa della loro indisponibilità.

6. I predetti motivi vanno esaminati congiuntamente, avendo ad oggetto la medesima questione, concernente l'assoggettabilità a fallimento di una società costituita da un ente territoriale nelle forme della società a responsabilità limitata, ed alla quale sia stata affidata la gestione di beni e servizi pubblici.

In proposito, la sentenza impugnata ha richiamato il principio, enunciato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di società partecipate dagli enti locali, secondo cui la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, determinandosi altrimenti una violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto, nonché un'alterazione delle regole della concorrenza, che impongono il rispetto della parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità (cfr. Cass., Sez. I, 27/09/2013, n. 22209). A sostegno di tale affermazione, si è rilevato che alla sempre più ampia diffusione del fenomeno delle società a partecipazione integralmente pubblica o mista pubblica-privata, sottoposte ad una particolare influenza da parte di enti pubblici ed aventi ad oggetto la gestione di beni di proprietà pubblica o di servizi d'interesse pubblico, ha fatto riscontro il mantenimento di un quadro normativo generale orientato a ricondurre le predette società tra quelle di diritto comune ed a limitare agli enti pubblici l'esonero dalle procedure concorsuali. Si è aggiunto che neppure la moltiplicazione delle norme speciali riguardanti le società pubbliche è stata in grado di condurre alla formazione di un corpus unitario, sufficiente a regolamentarne attività e funzionamento ed a modificarne la natura di soggetti di diritto privato, in modo tale da sottrarle espressamente alla disciplina civilistica, osservandosi anzi che è proprio dall'esistenza di specifiche normative di settore che, negli ambiti da esse delimitati, attraggono nella sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato, che può ricavarci, a contrario, che, ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica. Si è escluso quindi che una società possa mutare la propria natura soltanto perché un ente pubblico ne possiede in tutto o in parte il capitale, affermandosi che l'equiparazione agli enti pubblici mal si concilia con la perdurante vigenza del principio generale stabilito dalla L. n. 70 del 1975, art. 4, secondo cui nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge. Sotto il profilo soggettivo, si è rilevato che, anche nel caso in cui norme legislative o statutarie pongano limiti all'autonomia degli organi deliberativi, la volontà negoziale della società continua a formarsi e

manifestarsi secondo le regole del diritto privato, pur se determinata da atti propedeutici dell'Amministrazione; dal punto di vista oggettivo, si è osservato invece che, anche alla luce dei connotati sempre più elastici che il modello societario è venuto ad assumere, l'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo tipico delle società non consente di escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile. Si è precisato infine che la sottrazione delle società pubbliche all'assoggettabilità alla procedura fallimentare non può trovare giustificazione neppure nel carattere essenziale dei servizi pubblici alla stessa affidati, la cui interruzione può ben essere scongiurata attraverso l'affidamento del servizio ad un altro soggetto ed il ricorso, medio tempore, all'istituto dell'esercizio provvisorio.

Le predette considerazioni sono state ribadite, in epoca successiva alla proposizione del ricorso, da altre pronunce, le quali hanno ulteriormente approfondito la questione, fornendo risposta anche agli interrogativi sollevati dal ricorrente in ordine agli effetti della qualificazione della società come organismo di diritto pubblico ed alla configurabilità della stessa come società in house providing. Sotto il profilo normativo, sono stati richiamati, oltre al già citato art. 4 della L. n. 70 del 1975 ed all'art. 1 della L. Fall., il D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13, (abrogato dal D.Lgs. n. 175 del 2016), recante un generale rinvio alla disciplina codicistica, il D.Lgs. n. 175 cit., art. 1, comma 3, che ha ripreso la predetta disposizione, e l'art. 14 del medesimo decreto, che ha confermato l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria. Dal punto di vista concettuale, è stata invece evidenziata l'inappropriatezza del riferimento alla figura dell'organismo di diritto pubblico, introdotta dalla normativa comunitaria ed interna in tema di appalti pubblici con la precipua finalità d'individuare i soggetti, anche diversi dalle Pubbliche Amministrazioni, tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione delle regole di evidenza pubblica; con particolare riguardo alle società in house, caratterizzate dalla sottoposizione al controllo di un ente pubblico analogo, quantomeno per prerogative ed intensità, a quello che lo stesso esercita sui propri servizi ed uffici, si è poi precisato che l'accentuazione del profilo pubblicistico delle stesse mira esclusivamente a sottrarre l'affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici all'applicazione delle predette regole, senza incidere sul tipo societario eventualmente adottato, e senza determinare quindi l'inapplicabilità dello statuto dell'imprenditore. Si è rilevato in proposito che l'operatività del sistema di pubblicità legale costituito dall'iscrizione della società nel registro delle imprese è idonea ad ingenerare nei terzi un legittimo affidamento in ordine all'applicabilità di un regime conforme al nomen juris dichiarato, affidamento che risulterebbe aggirato ed eluso qualora il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da particolari disposizioni pubblicistiche. Quanto infine al profilo funzionale, ribadito che ciò che rileva nel nostro ordinamento, ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto, si è osservato che, una volta adottato, anche da parte dell'ente pubblico, il modello societario, la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali (e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico) comporta per un verso che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, e per altro verso la necessità di una predeterminazione certa del regime delle responsabilità e del rischio per cui l'ente pubblico socio risponde nei soli limiti del capitale d'investimento immesso nella società divenuta insolvente (cfr. Cass., Sez. I, 7/02/2017, n. 3196; 22/02/2019, n. 5346).

Sulla base dei predetti principi, che il Collegio condivide ed intende ribadire anche in questa sede, non possono trovare accoglimento le censure proposte con il primo ed il quarto motivo d'impugnazione, riflettenti il rapporto di sostanziale immedesimazione asseritamente intercorrente tra il Comune di (\*) e la (\*), in dipendenza dei servizi d'interesse pubblico a quest'ultima affidati e della natura demaniale dei beni dalla stessa gestiti, che, consentendo di qualificare la società debitrice come organismo di diritto pubblico o come società in house, escluderebbero, ad avviso del ricorrente, l'ammissibilità dell'assoggettamento della stessa alla procedura fallimentare.

7. Il rigetto delle predette censure preclude l'esame di quelle proposte con il secondo ed il terzo motivo, aventi ad oggetto la sussistenza dei requisiti necessari per la qualificazione della (\*) come società in house, la cui esclusione, presupponendo logicamente l'ammissibilità della sottoposizione delle predette società alla procedura fallimentare, si configura come un'ulteriore ragione di rigetto del reclamo, alternativa e subordinata, in quanto volta a sostenere la decisione anche nel caso in cui la prima risultasse erronea.

Qualora infatti, come nella specie, la decisione impugnata trovi fondamento in una pluralità di rationes decidendi distinte ed autonome, la ritenuta inammissibilità o infondatezza delle censure mosse ad una delle stesse comporta l'inammissibilità, per sopravvenuto difetto d'interesse, di quelle relative alle altre, il cui accoglimento non risulterebbe comunque idoneo a determinare la cassazione del provvedimento impugnato, in considerazione della definitività delle prime (cfr. Cass., Sez. Un., 29/03/2013, n. 7931; Cass., Sez. III, 13/06/2018, n. 15399; Cass., Sez. V, 11/05/2018, n. 11493).

8. Il ricorso proposto dal X. va pertanto rigettato.

La complessità della questione trattata, ancora ampiamente dibattuta all'epoca della proposizione dei ricorsi, giustifica peraltro, sia nei rapporti tra il X. e il fallimento che in quelli tra quest'ultimo e le ricorrenti che hanno rinunciato all'impugnazione, l'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

riuniti i ricorsi, dichiara estinti i processi relativi ai ricorsi proposti dalla Banca Carige S.p.a., in qualità di procuratrice speciale della Banca del Monte di Lucca S.p.a., e dalla B.d.M.M. e C. S.a.s.; rigetta il ricorso proposto da X.G.L.. Compensa integralmente le spese processuali.

Ai sensi del D.P.X. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte di X.G.L., dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso dal comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, il 14 dicembre 2022.

Depositato in Cancelleria il 28 marzo 2023.