

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. NAPPI Aniello - Presidente

Dott. BERNABAI Renato - Consigliere

Dott. FERRO Massimo - rel. Consigliere

Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere

Dott. TERRUSI Francesco - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

Sui ricorsi proposti da:

(OMISSIS) S.n.c., in persona del l.r.p.t., rappr. e dif. dall'avv. (OMISSIS), elett.dom. in Roma, presso lo studio della stessa in (OMISSIS), come da procura a margine dell'atto;

- ricorrente in via principale -

(OMISSIS), rappr. e dif. dall'avv. (OMISSIS) e dall'avv. (OMISSIS) e dall'avv. (OMISSIS), elettera dom. presso lo studio (OMISSIS), in (OMISSIS), come da procura in calce alla memoria ex articolo 378 c.p.c.;

- ricorrente in via incidentale -

contro

Fallimento (OMISSIS) s.r.l., in persona del curatore p.t., rappr. e dif. dagli avv. (OMISSIS), nonche' (OMISSIS), elett.dom. presso lo studio di quest'ultimo in (OMISSIS), come da procura in calce all'atto;

- controricorrente -

Comune di Mozzate, in persona del sindaco p.t., rappr. e dif. dall'avv. (OMISSIS), elett.dom. presso lo studio dell'avv. (OMISSIS), come da procura in calce all'atto;

- controncorrente -

(OMISSIS) s.r.l., (E ALTRI OMISSIS)

- intimati -

per la cassazione della sentenza App. Milano 17.7.2014, n. 2773/2014 in R.G. 892/2014 e 893/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del giorno 20 dicembre 2016 dal Consigliere relatore dott. Massimo Ferro;

uditi gli avvocati (OMISSIS) per (OMISSIS), (OMISSIS) per Comune di Mozzate, (OMISSIS) per (OMISSIS), (OMISSIS) per il fallimento;

udito il P.M. in persona del sostituto procuratore generale dott. DE RENZIS Luisa, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

IL PROCESSO

Con distinti ricorsi (OMISSIS)area verde (OMISSIS) S.n.c. (per prima notificante e dunque ricorrente in via principale) e (OMISSIS) (ricorrente in via incidentale) impugnano la sentenza App. Milano 17.7.2014 n. 2773/14 in R.G. 892 e 893/2014, resa al termine del giudizio in cui tanto la prima (insieme ad altri creditori) quanto il secondo (nella qualita' di ex amministratore) contestavano la sentenza Trib. Como (OMISSIS) dichiarativa del fallimento della societa' (OMISSIS) s.r.l.

La corte d'appello, nel rigettare i reclami interposti L. Fall., ex articolo 18, superata l'eccezione del difetto di legittimazione degli impugnanti, confermo' la fallibilita' della societa' (OMISSIS) s.r.l., nonostante la partecipazione al rispettivo capitale del Comune di Mozzate, tenuto conto della qualita' di societa' commerciale della medesima, cosi' realizzandosi in capo ad essa l'assunzione, con l'iscrizione al registro delle imprese, della qualita' di imprenditore commerciale. Condividendo l'indirizzo che esclude una possibile indifferenza, ai fini fallimentari, della natura di soggetto privato delle citate societa', preciso' la corte che nessuna influenza poteva ascriversi all'attivita' svolta, allo scopo perseguito, all'organizzazione interna. E pur considerando in ipotesi gli eventuali limiti allo statuto privatistico in caso di societa' in house - cioe' la societa' istituita per finalita' di gestione di pubblici servizi, con soci pubblici, attivita' in prevalenza verso gli stessi e soggetta a controllo analogo a quello che questi esercitano sui propri uffici -, doveva nel caso concreto escludersi che (OMISSIS) s.r.l. rivestisse tale natura, per difetto del requisito caratterizzante il citato controllo analogo da parte del Comune, socio al 97,76%, cio' sulla base di quanto accertato dalla Corte dei Conti in sede di diniego dei presupposti dell'affidamento diretto di servizi comunali.

Il ricorso di (OMISSIS)area verde (OMISSIS) S.n.c. e' su due motivi, quello di (OMISSIS) su due motivi, ad essi resistendo con controricorso il fallimento e il Comune di Mozzate. Tutte le parti hanno depositato memoria, il fallimento in via ulteriore.

I FATTI RILEVANTI DELLA CAUSA E LE RAGIONI DELLA DECISIONE

Sul ricorso principale di (OMISSIS)area verde (OMISSIS) S.n.c..

Con il primo motivo si deduce la violazione della L. Fall., articolo 1, mancando i requisiti soggettivi di fallibilita' in capo alla societa' debitrice, perche' organismo di diritto pubblico non fallibile ovvero societa' in house providing.

Con il secondo motivo viene dedotto il vizio di motivazione sugli stessi punti, non essendo stato esaminato il fatto della tipologia di societa' in house della fallita, come determinatasi in particolare a seguito dei contratti di servizio con il Comune partecipante.

Sul ricorso incidentale di (OMISSIS).

Con il primo motivo si deduce la violazione della L. Fall., articolo 1, mancando i requisiti soggettivi di fallibilita' in capo alla societa' debitrice, perche' in house providing sin dal 2012 e di fatto avente natura giuridica pubblica.

Con il secondo motivo viene dedotto il vizio di motivazione sugli stessi punti, non essendo stato esaminato il fatto della tipologia di societa' in house della fallita, come determinatasi in particolare a seguito dei contratti di servizio con il Comune partecipante, che dal 2012 istituivano il controllo analogo con l'ente pubblico.

1. I motivi di entrambi i ricorsi, da trattare congiuntamente per l'intima connessione, sono infondati. Sulla premessa che i termini di diritto pubblico corrispondenti sono, *ratione temporis*, anteriori alla rinnovata legislazione in tema di appalti (varata con il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e di societa' pubbliche (Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175), la questione concerne la fallibilita' o meno di una societa', costituita secondo le forme della societa' a responsabilita' limitata, affidataria da parte dell'ente territoriale pubblico partecipante di plurimi servizi di gestione del relativo patrimonio, nell'ambito di un rapporto disputato quanto alla prossimita' al controllo analogo, proprio delle societa' in house. Ritiene il Collegio, in conformita' al precedente n. 22209 del 2013, che debba andar ribadito il principio per cui "In tema di societa' partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attivita' a societa' di capitali, e dunque di perseguire 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 necessita' del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parita' di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalita'". Osserva invero il citato arresto, con notazione pertinente ad una possibile risposta anche alle contestazioni degli odierni ricorrenti, che "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... puo' ricavarsi a contrario, che, ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica.". Vanno cosi' respinte le suggestioni dirette ad una compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui alla L. n. 70 del 1975, articolo 4 che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo, cosi' ponendo un argine ad una ricognizione interpretativa che assuma dai tratti materiali dell'attivita' quel titolo ad ogni effetto nei rapporti con i terzi. E per vero, va anche ricordato che lo stesso L. Fall., articolo 1 disegna l'area di esenzione dalle procedure concorsuali attorno agli "enti pubblici", non alle societa' pubbliche. D'altronde lo stesso legislatore ha avuto modo di chiarire, al Decreto Legge n. 95 del 2012, articolo 4, comma 13, (cd. *spending review*) (vigente all'epoca della dichiarazione di fallimento Trib. Como (OMISSIS) e poi abrogata, per il periodo d'interesse, dal Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175), la sussistenza di una norma generale di rinvio alla disciplina codicistica, secondo cui "le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di societa' a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di societa' di capitali". Tale norma puo' essere richiamata come ulteriore conferma dell'indirizzo qui applicato, dunque in chiave di concorrente interpretazione autentica e chiusura. Essa poi e' stata ripresa dal Decreto Legislativo n. 175 del 2016, nuovo articolo 1, comma 3 ("Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle societa' a partecipazione pubblica le norme sulle societa' contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato"). Il Decreto Legislativo n. 175 del 2016, articolo 14 infine, con disposizione che prende atto di un indirizzo maturato nella giurisprudenza concorsuale, ha a sua volta precisato che "Le societa' a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonche' ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al Decreto Legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al

Decreto Legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 febbraio 2004, n. 39."

2. Ne' possono soccorrere altri istituti che si voglia piegare nel senso della sollecitata sovrapposizione di norme e definizioni con oggetto l'attivita' (e non il soggetto che la esercita), mutuando categorie della giurisprudenza amministrativa. In particolare, per quel che qui giova indicare, il Collegio ribadisce la non appropriatezza del ricorso alla figura dell'organismo di diritto pubblico, che nasce a qualificare gli operatori al cospetto delle amministrazioni aggiudicatrici, tenute, nella scelta del contraente, al rispetto della normativa comunitaria e dei procedimenti di evidenza pubblica di fonte statale o regionale. L'articolo 3, comma 26 codice degli appalti vigente pro temporis (Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in vigore fino al 18.4.2016) ebbe chiaramente a statuire che, quanto a lavori, servizi e forniture, soltanto "ai fini del codice" stesso e' dettata la definizione di "organismo di diritto pubblico... qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare, specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalita' giuridica; - la cui attivita' sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali piu' della meta' e' designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". Il profilo pubblicistico della societa' in house, in cui l'ente pubblico esercita sulla societa' un controllo analogo, quantomeno per prerogative ed intensita', a quello esercitato sui propri servizi ed uffici, appare allora ispirato - in realta' - dal mero obiettivo di eccettuare l'affidamento diretto (della gestione di attivita' e servizi pubblici a societa' partecipate) alle citate norme concorrenziali, ma senza che possa dirsi nato, ad ogni effetto e verso i terzi, un soggetto sovraqualificato rispetto al tipo societario eventualmente assunto. Su tale societa', in questi casi, per quanto intesa come articolazione organizzativa dell'ente, ove posta in una situazione di delegazione organica o addirittura di subordinazione gerarchica, alla luce di una disamina materiale, si determina solo una responsabilita' aggiuntiva (contabile) rispetto a quella comune - secondo i dettami di Cass. s.u. 26283/2013, poi ripresi dal Decreto Legislativo n. 175 del 2016, articolo 12 - ma senza il prospettato effetto di perdere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore. Le norme speciali volte a regolare la costituzione della societa', la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non possono dunque incidere - come parimenti notato in dottrina - sul modo in cui essa opera nel mercato, ne' possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento di terzi contraenti contemplate dalla disciplina civilistica. Sul punto gia' Cass. 21991/2012 aveva precisato che, ai fini dell'esclusione di una societa' mista dal fallimento, non e' di per se' rilevante la soggezione al potere di vigilanza e di controllo pubblico, che consista nella verifica della correttezza dell'espletamento del servizio comunale svolto, riguardando, pertanto, la vigilanza l'attivita' operativa della societa' nei suoi rapporti con l'ente locale o con lo Stato, non nei suoi rapporti con i terzi e le responsabilita' che ne derivano. Il sistema di pubblicita' legale, mediante il registro delle imprese, determina invero nei terzi un legittimo affidamento sull'applicabilita' alle societa' ivi iscritte di un regime di disciplina conforme al nomen juris dichiarato, affidamento, che, invece, verrebbe aggirato ed eluso qualora il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da particolari disposizioni pubblicistiche. Va cosi' tuttora ripetuto il senso della L. n. 70 del 1975, articolo 4 che nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico puo' essere istituito o riconosciuto se non per legge, mostra altresì di richiedere che la qualita' di ente pubblico, ove non attribuita da una espressa disposizione di legge, debba almeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco. Ne consegue che anche una disamina sulla motivazione con cui pur App. Milano 17.7.2014, escludendo il controllo analogo, ha negato la sussistenza di una societa' in house providing, alla stregua di una esplicita recezione della puntuale analisi parimenti negativa condotta dalla Corte dei Conti (con delibera del 2013, aggiornata al periodo successivo al 2010-2011, cioe' al referto sul partecipante Comune di Mozzate), risulta superflua. Cosi' come non appare utile una verifica del postulato di una societa' a partecipazione pubblica che, rivestendo un carattere necessario per l'ente pubblico in ragione dell'attivita' svolta, non potrebbe essere dichiarata fallita in virtu' della oggettiva incompatibilita' fra tutela dell'interesse

pubblico e normativa fallimentare, tenuto conto che alla (OMISSIS) s.r.l. era stato affidato in gestione e manutenzione il patrimonio immobiliare sia proprio che del socio pubblico.

3. Ne' la supposta ed eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una societa' di capitali disciplinata in via generale dal codice civile: cio' che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non e' il tipo dell'attivita' esercitata, ma la natura del soggetto. Le societa' nascono infatti per limitare la responsabilita' rispetto ai soci secondo un proprio ordinamento, mentre la organizzazione prescelta per l'attivita' e' appunto il mero riflesso della nascita di un soggetto giuridicamente diverso dai soci e dunque senza che a loro volta le regole di organizzazione di questi valgano in modo diretto a disciplinare il funzionamento e le obbligazioni di quello. Una volta adottato, anche da parte dell'ente pubblico, il blocco-sintagma societario, nella fattispecie della societa' a responsabilita' limitata, la scelta di consentire l'esercizio di determinate attivita' a societa' 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. Per altro verso, nemmeno potrebbe darsi la paradossale conclusione che anche le societa' a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale siano esentate dal fallimento: lo escludono la necessita' di preindividuazione certa del regime delle responsabilita' e di quel rischio per cui l'ente pubblico-socio risponde, salvi altri regimi di concorrente responsabilita' dei suoi organi (Cass. s.u. 5491/2014, 26936/2013), nei soli limiti del capitale di investimento immesso nella societa' divenuta insolvente. L'annullamento ad ogni effetto della soggettivita' dell'esaminata societa', a ben vedere, procurerebbe altresì l'altro paradosso di un'azione dei creditori sociali della societa' in house che diverrebbero tutti creditori diretti dell'ente pubblico, con possibilita' di azione esattamente ed invece scongiurata laddove l'ente pubblico abbia scelto, come visto, di delimitare la responsabilita' per le obbligazioni assunte dalla societa' partecipata. Cio' convince che anche l'intento di Cass. s.u. 26283/2013 (conf. 5491/2014) e' solo quello di preservare l'erario dalla mala gestio degli organi sociali di societa' strumentali, in un'ottica selettiva e per quanto di rafforzamento della responsabilita' che ne investe gli organi, come poi recepito dal cit. legislatore del 2016.

4. Anche nella vicenda non e' pertanto invocabile, a fronte della partecipazione dell'ente pubblico, un procedimento di riqualificazione della natura del soggetto partecipato, nemmeno all'insegna della categoria, di volta in volta da disvelare, di una societa' di diritto speciale. Come detto, solo quando ricorra una espressa disposizione legislativa, con specifiche deroghe alle norme del codice civile, potrebbe affermarsi la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'articolo 2247 c.c., con la possibile emersione normativa di un tipo con causa pubblica non lucrativa. In difetto di tale intervento esplicito, il fenomeno resta quello di una societa' di diritto comune, nella quale pubblico non e' l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della societa' convivono. E se e' vero che l'ente pubblico in linea di principio può partecipare alla societa' soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse (secondo norme e vincoli resi più stringenti dal Decreto Legislativo n. 175 del 2016), una volta che comunque la societa' sia stata costituita, l'interesse che fa capo al socio pubblico si configura come di rilievo esclusivamente extrasociale, con la conseguenza che le societa' partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica (Cass. s.u. 17287/2006). Il rapporto tra societa' ed ente e' perciò di assoluta autonomia, non essendo consentito al secondo di incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull'attivita' della societa' mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e mediante la nomina dei componenti degli organi sociali. Ne', si osserva ancora, un eventuale abuso di tali poteri pubblicistici ovvero la previsione di accordi anche contrattuali tra societa' ed ente, in costanza del tipo societario operativo, possono farne aggirare il modello di responsabilita' con efficacia verso i terzi, cio' altrimenti dipendendo, sostanzialmente, da

imprevedibili scelte di mera convenienza, ancora una volta incompatibili con l'adozione a monte dell'istituto societario. La disciplina di convivenza così sintetizzata permette, come efficacemente spiegato in dottrina, che le società a partecipazione pubblica siano assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente rispettivamente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e la destinazione non privatistica della finanza d'intervento; saranno invece assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento. E ciò vale anche per l'istituzione, la modificazione e l'estinzione, ove gli atti propedeutici alla formazione della volontà negoziale dell'ente sono soggetti alla giurisdizione amministrativa, ma gli atti societari rientrano certamente nella giurisdizione del giudice ordinario.

I ricorsi vanno dunque rigettati, con condanna alle spese dei ricorrenti e liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta entrambi i ricorsi; condanna i ricorrenti in solido al pagamento, in favore dei controricorrenti, delle spese del giudizio di legittimità, liquidate per ciascuno in Euro 10.200 (di cui 200 Euro per esborsi), oltre al 15% forfettario sui compensi e agli accessori di legge. Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1 quater da' atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti principale e incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per i rispettivi ricorsi, a norma dello stesso articolo 13, comma 1 bis.