

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Alcuni «punti fermi» sul tema della (non) fallibilità degli enti pubblici in forma societaria

di **Mattia Polizzi**

[Trib. Como, Sez. I, 27 marzo 2018, Pres. Introini, Est. Petronzi](#)

Fallimento e procedure concorsuali – Enti pubblici – Organismo di diritto pubblico – Società in house – Società legale – Fallibilità – Esclusione – Fondamento – Limiti (L. fall., art. 1, 7, 160, 161; cod. proc. civ., art. 105, 267; r.d.l. 2 marzo 1933, n. 201; d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 conv. in l. 7 dicembre 2012, n. 213, art. 10 *bis*; l. 20 marzo 1975, n. 70, art. 4; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; d.lgs. 19 settembre 2016, n. 175, art. 1, 12, 14; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 3, 5)

[1] *Non è qualificabile come ente pubblico – ed è quindi fallibile ai sensi dell'art. 1 l. fall. – una società per azioni che, pur essendo tenuta a versare parte dei propri ricavi in favore del bilancio di un Comune, non presenti i caratteri strutturali e di collegamento funzionale con la P.A. idonei ex lege ad attribuirle natura pubblicistica.*

CASO

[1] La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Como chiede, con ricorso formulato ai sensi dell'art. 7 l. fall., che venga dichiarato il fallimento della società Casinò di Campione S.p.A.

La società in parola sostiene in primo luogo di poter beneficiare dell'esimente di cui all'art. 1, co. 1, l. fall. che – come noto – dispone la non fallibilità degli «enti pubblici», richiamando a tale fine la disciplina speciale che ne regola l'agire (facendo riferimento in particolare al r.d.l. 201/1933 ed al più recente art. 10 *bis* d.l. 174/2012, nonché ai relativi decreti ministeriali di attuazione) la quale consentirebbe di ravvisare i connotati propri di un c.d. società legale; afferma poi la resistente di non trovarsi in una situazione di insolvenza, bensì in uno stato di crisi reversibile, dovuta alla attuale congiuntura economica negativa; infine, in via subordinata, la società richiede la concessione dei termini di cui all'art. 161, co. 6, l. fall., al fine di poter predisporre una proposta di concordato ovvero di accordo per la ristrutturazione del debito.

Nel procedimento interviene il Comune di Campione d'Italia, con intervento *ad adiuvandum* ai sensi dell'art. 105, co. 1, pt. I, c.p.c. a sostegno delle tesi della resistente.

SOLUZIONE

[1] Il Tribunale di Como nega recisamente la natura pubblicistica della società e la sua conseguente non fallibilità, ma concede i termini per la presentazione di una proposta di concordato.

QUESTIONI

[1] L'articolata ed approfondita pronuncia in nota presenta rilievi di notevole interesse pratico, in quanto incentrata su di una questione di costante importanza per l'interprete, ossia quella della possibilità di attribuire ad una persona giuridica costituita in forma societaria la qualifica di ente di diritto pubblico: difatti, sebbene il primo allinea dell'art. 1 l. fall. sia piuttosto chiaro nell'escludere dalla applicabilità della disciplina del fallimento (e delle procedure concorsuali comuni) proprio gli «enti pubblici», non può dirsi che la questione della natura pubblica o meno dell'ente di volta in volta *sub iudice* sia sempre di agevole risoluzione. Ciò non solo in ragione della pletora piuttosto eterogenea di enti a vario titolo considerati pubblici che costellano l'attuale panorama ordinamentale, ma anche in considerazione del fatto che i vari tentativi di razionalizzazione della materia *de qua* fanno spesso salve le disposizioni speciali già in vigore.

La pronuncia risulta allora particolarmente apprezzabile in quanto tesa a mettere in evidenza i «punti fermi» in questa materia, che qui interessa richiamare, seppure in maniera necessariamente sintetica.

Il Tribunale, in primo luogo, nega che la società possa essere qualificata come ente pubblico, facendo leva sul disposto dell'art. 4 l. 70/1975 (c.d. legge sul parastato), in forza del quale «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge». Essendo tale disposizione applicabile solo agli enti cc.dd. parastatali ed avendo efficacia solo per l'avvenire, la giurisprudenza civile ed amministrativa ha enucleato diversi indici per poter qualificare un ente come pubblico (ad esempio l'assoggettamento ad un sistema di controlli pubblici ovvero la partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici alla nomina ed alla revoca dei dirigenti, alle spese di gestione o l'attribuzione alla mano pubblica di poteri di direttiva e di iniziativa), non ravvisabili nel caso di specie, in relazione al quale nessuna norma speciale consente di tratteggiare «un regime speciale di deroga al diritto concorsuale» (pp. 4 e 5 della decisione).

La società di cui si chiede il fallimento, inoltre, non è neppure riconducibile al fenomeno degli organismi di diritto pubblico. Tale figura, nata nell'ambito del diritto comunitario degli appalti pubblici, consente di riconoscere la natura di amministrazione aggiudicatrice non solo allo Stato (o agli enti territoriali), ma anche a soggetti giuridici dotati di particolari caratteristiche. Tali caratteri, già enucleati nel previgente d.lgs. 163/2006, sono stati trasposti nell'art. 3, co 1., lett. d) del «nuovo» codice degli appalti (d.lgs. 50/2016): l'organismo di diritto pubblico deve essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; deve essere dotato di personalità giuridica; infine, lo Stato, gli enti pubblici territoriali o altri organismi di diritto pubblico devono finanziare l'attività dell'ente in modo maggioritario dalla mano pubblica, ovvero devono essere titolari di un potere di controllo sulla gestione ovvero ancora hanno il (c.d. influenza pubblica dominante). Ne consegue che non può

essere considerato organismo di diritto pubblico quel soggetto giuridico che, come nel caso di specie avvenuto, agisca nel mercato come un operatore di diritto privato, anche qualora lo stesso sia tenuto a versare una parte dei propri ricavi in favore di un ente pubblico (cfr. p. 6 del provvedimento; cfr. anche Cass., Sez. Un., 7 aprile 2010, n. 8225 e, più di recente, Cons. St., 4 febbraio 2015, n. 552).

Nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Como, inoltre, non è possibile ravvisare una fattispecie di società c.d. *in house* (sul tema si v. in giurisprudenza, tra le molte pronunce, Cass. Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283; Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in www.ilfallimentarista.it, 21 luglio 2014, con nota di G. Bettazzi, *Società in house insolvente. Contrasti giurisprudenziali sulla assoggettabilità a procedure concorsuali*; Trib. Verona, 19 dicembre 2013, n. 651, in www.ilsocietario.it, 21 luglio 2014; Trib. Palermo, 13 ottobre 2014, *ibidem*, 16 marzo 2015). Al fine del verificarsi della figura in parola (anch'essa di derivazione comunitaria: cfr. la storica sent. CGCE 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*) è oggi necessario far riferimento agli indici codificati nell'art. 5 d.lgs. 50/2016. Nello specifico, sarà possibile ravvisare un'ipotesi di società *in house* qualora l'ente presenti cumulativamente i seguenti requisiti: l'amministrazione esercita sulla persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (c.d. elemento strutturale del rapporto *in house*); oltre l'80% delle attività è svolto per assolvere ai compiti affidati dall'amministrazione (c.d. elemento funzionale del rapporto *in house*); nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, salve quelle inidonee ad esercitare una influenza determinante. In sostanza, una società può essere definita come *in house* nel caso in cui manchi tra la P.A. e l'ente (solo formalmente) privato una vera e propria distinzione strutturale e funzionale, agendo la compagine societaria come *longa manu* dell'ente pubblico (che sarà, pertanto, dispensato dall'osservanza della normativa di evidenza pubblica in materia di appalti). Ciò premesso, il Tribunale evidenzia come nel caso sottoposto al suo vaglio non siano ravvisabili né il requisito del controllo analogo né quello funzionale dello svolgimento dell'attività imprenditoriale in favore dell'amministrazione.

Infine, nell'opinione del giudicante, non è possibile riconoscere una ipotesi di società c.d. legale (o di diritto singolare), ossia di una veste societaria sottoposta – in virtù di una apposita disciplina normativa speciale – ad un regime derogatorio rispetto a quello di diritto privato; peraltro, come ben chiarito nella pronuncia, la materia delle società cc.dd. partecipate è stata di recente interessata da un intervento di riordino ad opera del d.lgs. 175/2016 che, all'art. 14 riconosce la possibilità per tali figure societarie di essere assoggettate alla procedura fallimentare, pur facendo il decreto in parola salve le specifiche disposizioni dettate per i singoli enti (cfr. anche art. 1 d.lgs. 175/2016; si v. in giurisprudenza, Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196, in www.giustiziacivile.com, 12 gennaio 2018, con nota di S. Della Rocca, D. De Filippo, *La Cassazione torna ancora sulla fallibilità delle società pubbliche*; Cass., 27 settembre 2013, n. 22209; Corte App. L'Aquila, 3 novembre 2016, n. 26, in www.ilsocietario.it, 13 marzo 2017).

Tale ultima considerazione, in conclusione, consente di rilevare che la questione della qualificazione di un soggetto imprenditoriale come – a vario titolo – pubblico (e la sua conseguente non fallibilità) rappresenta spesso (e nonostante gli auspicati interventi di

riordino e razionalizzazione) un vero e proprio rompicapo per l'interprete, anche e soprattutto a causa del dedalo di rinvii e richiami alla ipertrofica produzione normativa speciale, rispetto alla quale il provvedimento esaminato tenta con solide argomentazioni di fornire un adeguata bussola.

Per approfondire i temi trattati si v., senza pretesa di esaustività, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di F. Fracchia), Milano, 2017, 119 ss.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017, 111 ss.; M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, 17 ss.; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2017-2018, 147 ss., 176 ss., 201 ss.; A. Jorio, voce *Fallimento (dir. priv. e dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010, 337 ss.



Master di specializzazione

DIRITTO E CONTENZIOSO SOCIETARIO

Scopri le sedi in programmazione >