

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Presidente -

Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -

Dott. TERRUSI Francesco - rel. Consigliere -

Dott. PAZZI Alberto - Consigliere -

Dott. VELLA Paola - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 10357/2015 proposto da:

Fallimento (OMISSIS) S.r.l., in Liquidazione, in persona del curatore dott. I.M., elettivamente domiciliato in Roma, Viale Cortina d'Ampezzo n.269, presso lo studio dell'avvocato De Santis Francesco, rappresentato e difeso dall'avvocato Villanacci Gerardo, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

R.D., domiciliato in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dall'avvocato Speciale Valerio, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 304/2015 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 02/03/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 05/12/2018 dal cons. FRANCESCO TERRUSI;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE MATTEIS Stanislao, che ha concluso per l'accoglimento:

udito, per il ricorrente, l'Avvocato De Santis Francesco, con delega, che ha chiesto l'accoglimento;

udito, per il controricorrente, l'Avvocato Cannati Giuseppe, con delega, che si riporta.

Svolgimento del processo

Su domanda del liquidatore, il tribunale di Pescara dichiarava il fallimento della (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione, società partecipata da diversi comuni.

Proponeva reclamo R.D., già amministratore della società, e la corte d'appello de L'Aquila revocava il fallimento sul rilievo che la società era da considerare in house, giacchè in essa ricorrevano i requisiti (i) della partecipazione integrale al capitale degli enti pubblici territoriali, con impossibilità di cedere le quote a terzi, (ii) dello svolgimento di attività solo in favore dei comuni medesimi, (iii) della soggezione della società al cd. controllo analogo. Invero la corte d'appello, dopo una lunga rassegna di decisioni di merito e di legittimità sull'argomento, concludeva nel senso della non assoggettabilità di un simile tipo sociale a fallimento per essere la società "in qualche misura" parificabile agli enti pubblici.

Per la cassazione della sentenza, depositata il 2-3-2015 e asseritamente notificata il 12 successivo, la curatela del fallimento ha proposto ricorso sorretto da un unico motivo, col quale è fatta valere la violazione e falsa applicazione della *L. Fall., art. 1, comma 1*, e dell'*art. 4 della legge n. 70 del 1975*, attesa l'alterità, rilevante ai fini dell'assoggettabilità a fallimento, della società in house rispetto agli enti pubblici partecipanti.

Il R. ha replicato con controricorso e ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per cassazione siccome tardivo rispetto alla notifica della sentenza avvenuta via Pec nella stessa data del deposito, e comunque l'improcedibilità essendo mancata la produzione della copia autentica della sentenza che si dice notificata.

Le parti hanno depositato memorie.

Motivi della decisione

1. - Dalle attestazioni appositamente acquisite a seguito di ordinanza interlocutoria, e dagli atti di causa che a proposito dell'eccezione pregiudiziale la Corte è legittimata a esaminare direttamente, emerge che la sentenza impugnata è stata notificata dalla cancelleria della corte d'appello in via telematica, il 2-3-2015, a soggetti diversi dalla curatela del fallimento (segnatamente alla (OMISSIS) e ai difensori del reclamante R.). E' stata invece spedita in notifica alla curatela, in forma ordinaria (tramite cioè ufficiale giudiziario), il di successivo.

Questa notifica risulta perfezionata presso la destinataria il 12-3-2015.

Ne deriva che, diversamente da quanto sostenuto dall'eccepiente, il ricorso per cassazione, spedito in notifica il 10-4-2015, è tempestivo, poichè alla curatela

ricorrente la sentenza emessa in sede di reclamo non è stata notificata con modalità diversa da quella ordinaria.

2. - Va disattesa anche l'eccezione di improcedibilità, ai sensi [dell'art. 369 c.p.c.](#), n. 2.

Rileva difatti il principio per cui deve escludersi la possibilità di applicazione della suddetta sanzione di improcedibilità, ove il ricorso sia proposto contro una sentenza notificata di cui il ricorrente non abbia depositato, unitamente al ricorso, la relata di notifica, se comunque quest'ultima risulti nella disponibilità del giudice perchè prodotta dalla parte controricorrente ovvero acquisita - come nella specie - mediante la trasmissione del fascicolo di ufficio (Cass. Sez. U n. 10648-17).

3. - La devoluta questione di diritto induce a richiamare il principio (Cass. Sez. U n. 7799-05, Cass. Sez. U n. 4989-95) secondo cui la società di capitali con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perchè gli enti pubblici (comune, provincia e simili) ne posseggano le partecipazioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della società medesima, la persona dell'azionista, dato che la società, quale persona giuridica privata, opera comunque nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

Il rapporto tra la società e l'ente locale è, cioè, di sostanziale autonomia, al punto che non è consentito al comune di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo (e sull'attività dell'ente collettivo) mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali.

4. - Ciò stante, la corte d'appello de l'Aquila ha disatteso tale principio, e lo ha fatto senza corredo di decisivi argomenti, in quanto la sopra detta caratteristica non è incisa dall'eventualità del controllo analogo.

Difatti, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. C. Stato n. 2533-17), sebbene con specifico riferimento agli affidamenti in house (ai fini del riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici tra giudice amministrativo e giudice ordinario, v. ex multis Cass. Sez. U. 9149-17, n. 23468-16 e n. 22233-16), il cd. "controllo analogo" esercitato dall'amministrazione sulla società partecipata serve a consentire all'azionista pubblico di svolgere un'influenza dominante sulla società, se del caso attraverso strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento, così da rendere il legame partecipativo assimilabile a una relazione interorganica; e tuttavia questa relazione interorganica non incide affatto sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica, dovendosi mantenere infine pur sempre separati i due enti - quello pubblico e quello privato societario - sul piano giuridico - formale, in quanto la società in house rappresenta pur sempre un centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante.

In altre parole, la natura di ente in house deriva da una visione sostanziale del fenomeno tipico dell'approccio funzionale seguito in sede Europea, nell'ambito del quale gli istituti giuridici elaborati a livello sovranazionale sono applicati sulla base della reale essenza della fattispecie concreta, a prescindere dalle qualificazioni formali vigenti negli ordinamenti dei singoli Paesi membri. Resta intatta la considerazione, però, che nell'ambito dell'ordinamento nazionale (che solo rileva ai fini specifici) non è prevista - per le società in house così come per quelle miste - alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, nel senso che la posizione dei comuni all'interno della società è

unicamente quella di socio in base al capitale conferito. Donde soltanto in tale veste l'ente pubblico può influire sul funzionamento della società, avvalendosi non di poteri pubblicistici ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri presenti negli organi della società.

5. - Simile notazione è determinante ai fini del fallimento.

Come questa Corte ha avuto modo di sottolineare, la *L. Fall., art. 1*, esclude dall'area della concorsualità gli enti pubblici, non anche le società pubbliche. Per queste trovano applicazione le norme del codice civile (*D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13*, conv., con modif., dalla *L. n. 135 del 2012*, e, quindi, *D.Lgs. n. 175 del 2016, art. 1, comma 3*), nonché quelle sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (*D.Lgs. n. 175 del 2016, art. 14*), e non hanno fondamento "le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui alla *L. n. 70 del 1975, art. 4*, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo" (v. Cass. n. 3196-17).

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, in ogni caso 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 e 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" (così Cass. n. 22209-13).

6. - Ne consegue che l'impugnata sentenza va cassata.

Segue il rinvio alla medesima corte d'appello de L'Aquila, la quale, in diversa composizione, rinnoverà l'esame attenendosi al principio esposto.

Essa provvederà sulle questioni ritenute assorbite e sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte d'appello de L'Aquila.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 5 dicembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 22 febbraio 2019
