

ELISABETTA SORCI

## LA FALLIBILITÀ DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

SOMMARIO: 1. La conferma dell'esclusione degli enti pubblici dall'area di fallibilità operata nel d.lgs. 5/2006. Profili di attualità del problema relativo alla identificazione della fattispecie "ente pubblico" a seguito dell'affermarsi del fenomeno di privatizzazione formale degli enti pubblici. — 2. La società a totale o prevalente partecipazione pubblica può essere considerata "ente pubblico"? Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma giuridica declinato da alcuni recenti provvedimenti dei tribunali fallimentari. Riflessi di carattere applicativo. — 3. L'incidenza nel percorso interpretativo delle corti civili del carattere "liquido" assegnato alla nozione di "ente pubblico" dalla giurisprudenza amministrativa e comunitaria. — 4. L'approccio funzionale. L'assoggettabilità al fallimento come esito di una valutazione di compatibilità operata dall'interprete tra la disciplina di diritto comune e le specifiche normative di settore. La pretesa incompatibilità del fallimento delle società in mano pubblica "necessarie" con l'interesse pubblico alla continuità nella gestione del servizio pubblico. — 5. (*Segue*) Rilievi critici. Contrarietà rispetto all'interesse alla continuità del servizio pubblico della permanenza della titolarità della concessione in capo alla società decotta. — 6. Il significato della scelta dello strumento societario da parte del soggetto pubblico per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale. Centralità della normativa codicistica. — 7. L'afferenza dell'attività svolta all'interesse pubblico come realtà economica che può (ma non necessariamente) tradursi, per espressa scelta del legislatore, sul piano giuridico. La società a partecipazione pubblica insolvente come ente soggetto al diritto fallimentare comune, in quanto norme speciali non dispongano diversamente.

1. *La conferma dell'esclusione degli enti pubblici dall'area di fallibilità operata nel d.lgs. 5/2006. Profili di attualità del problema relativo alla identificazione della fattispecie "ente pubblico" a seguito dell'affermarsi del fenomeno di privatizzazione formale degli enti pubblici.*

Il tema che mi è stato assegnato sembrerebbe, ad una prima analisi, mal conciliarsi con l'oggetto del convegno, che propone

una riflessione sulle novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare sulla base delle prime esperienze applicative. L'art. 1 l. fall., infatti, anche nella sua nuova veste, conferma la scelta del legislatore del '42 di includere nell'area di esonero dal fallimento gli enti pubblici esercenti attività d'impresa commerciale; e ciò — come è stato rilevato da più parti<sup>1</sup> — non a motivo delle istanze deflattive, che pur hanno ispirato il legislatore delegato, ma in considerazione delle finalità pubblicistiche e degli interessi coinvolti nel raggio d'azione di questi enti, che richiedono una composizione della crisi ispirata a criteri diversi da quelli che governano le ordinarie procedure concorsuali.

Tale esclusione opera certamente per gli enti pubblici economici la cui funzione istituzionale risieda nell'esercizio esclusivo o prevalente dell'attività d'impresa<sup>2</sup> (in applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 2093 e 2221 c.c.) e, secondo alcuni studiosi<sup>3</sup>, anche per le così dette “imprese organo”, strumenti attraverso i quali lo Stato esercita in via diretta un'attività d'impresa. L'esonero dall'area di fallibilità non pone tuttavia questa tipologia di imprenditori nella posizione dell'insolvente civile, ma implica — ove previsto legislativamente — l'applicazione di procedure concorsuali alternative (*ex artt. 194 ss. l. fall.*) e una serie di disposizioni speciali riguardanti singoli enti o categorie di enti.

“Niente di nuovo sotto il sole” potrebbe dirsi a questo punto, ma così non è. Ad essere cambiato nel tempo, in tal caso, non è il contenuto della norma fallimentare, ma il contesto economico di riferimento e, più precisamente, le modalità di intervento dello Stato e degli altri enti pubblici nell'economia. Non è certamente questo il luogo per ripercorrere le tappe

---

<sup>1</sup> V. in luogo di molti S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, XI, t. 2, Padova, 2009, 58; FORTUNATO, Art. 1, in AA.VV., “*Il nuovo diritto fallimentare*” diretto da A. Jorio, *sub art. 1*, Bologna, 2006, 57.

<sup>2</sup> Cfr. AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 32; M. NOTARI, *Ambito di applicazione delle discipline delle crisi*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano 2008, 103.

<sup>3</sup> In questo senso S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *op. cit.*, 58.

che hanno segnato negli ultimi decenni il processo di privatizzazione della c.d. impresa pubblica<sup>4</sup> in uno con l'evolversi degli obiettivi nazionali e locali di politica economica e industriale<sup>5</sup>. È un dato però che il processo di privatizzazione iniziato nel '90 ha circoscritto notevolmente la rilevanza economica degli enti pubblici economici, traducendosi in alcuni casi nella loro liquidazione, in altri (la maggioranza dei casi) nella loro trasformazione in società per azioni con la conseguenza che i problemi di carattere interpretativo legati al trattamento normativo dello stato di insolvenza devono oggi essere affrontati tenendo presente da un lato, la mutata veste giuridica (formalmente privata) assunta per l'attuazione di iniziative economiche riferibili all'ente pubblico (le società di capitali appunto), dall'altro la peculiarità dell'oggetto sociale che, in molti casi, non può che caratterizzarsi per la penetrazione di interessi di carattere generale, spesso contrastanti con la *causa societatis* di matrice lucrativa.

Uno dei settori in cui questa tensione tra pubblico e privato si avverte in modo paradigmatico, specie in caso di decozione, è quello delle società di gestione di servizi pubblici locali a totale o prevalente partecipazione pubblica. Con riferimento specifico a queste società, la questione dei confini dell'area di esenzione dal fallimento relativa agli enti pubblici — a lungo ignorata dai giudici — si è imposta all'attenzione degli interpreti e dell'opinione pubblica.

I problemi emersi possono tradursi per brevità in due quesiti di fondo e precisamente: *i*) può la società a partecipazione

---

<sup>4</sup> V. M.T. CIRENEI, *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. Colombo e G.B. Portale, 8, Torino, 1992, 13 ss.; ID., *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, *passim*. Il concetto di "impresa pubblica" a statuto differenziato da quella privata è stato oggetto di accese critiche. Cfr. in luogo di molti A. ARENA, *Spunti sulle società commerciali pubbliche, sugli enti pubblici imprenditori a struttura istituzionale, sulle società per azioni in mano pubblica e sugli enti pubblici non imprenditori sotto l'aspetto della privatizzazione in parte disposta, in parte disponenda, in parte attuata ed in parte attuanda*, in *Dir. fall.*, 1994, 180 ss.

<sup>5</sup> Per i necessari riferimenti v. da ultimo F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da V. Buonocore, IV, t. 10, Torino, 2009, 863 ss.

pubblica, in presenza di alcuni indici sintomatici della rilevanza pubblica (o prevalentemente pubblica) dell'iniziativa imprenditoriale, essere considerata "ente pubblico" e pertanto rientrare nell'area di esonero dal fallimento *ex art. 1 l. fall.*? *ii*) che incidenza ha, in punto di esposizione al fallimento, la scelta dello strumento società per azioni — operata dall'ente — per lo svolgimento in forma imprenditoriale dell'attività di gestione di un servizio pubblico di rilevanza economica?

Il mio intervento si propone di offrire una chiave di lettura ed alcuni spunti di riflessione per la ricostruzione in sede interpretativa di una soluzione ai problemi esposti coerente con il dato normativo. E ciò a partire da un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali più consolidati.

2. *La società a totale o prevalente partecipazione pubblica può essere considerata "ente pubblico"? Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma giuridica declinato da alcuni recenti provvedimenti dei tribunali fallimentari. Riflessi di carattere applicativo.*

Il dibattito sulla natura delle società in mano pubblica ai fini della loro assoggettabilità alle ordinarie procedure concorsuali ha, in giurisprudenza, origini recenti. Prima del 2009, infatti, è dato rinvenire un unico e datato precedente della Cassazione civile<sup>6</sup> secondo cui è da escludere che una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e gestione di un'autostrada, possa perdere la propria qualità di soggetto privato (e sia quindi assoggettabile alla procedura, oggi abro-

---

<sup>6</sup> Cfr. Cass., 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fallimento*, 1979, 593. La giurisprudenza di legittimità, chiamata a pronunciarsi sulla diversa questione attinente la giurisdizione, ha espresso il medesimo orientamento circa la natura delle società controllate da enti pubblici, statuendo la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie inerenti la validità di provvedimenti dell'ente pubblico (socio unico) aventi ad oggetto la non approvazione del bilancio e revoca degli amministratori. V. Cass., S.U., 31 luglio 2006, ord., n. 17281; Cass., S.U., 15 aprile 2005 n. 7799, su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2063.pdf>.

gata, dell'amministrazione controllata) per il solo fatto che: *i*) ad essa partecipino enti pubblici come azionisti, *ii*) sia qualificabile in termini pubblicistici il rapporto instaurato con gli utenti e che, infine, *iii*) lo Stato presti una garanzia sui mutui contratti dalla concessionaria. La sentenza si inserisce nel solco di quell'orientamento della dottrina commercialistica, pressoché monocrorde a tutt'oggi, secondo cui in tali casi ad essere pubblico è il soggetto che detiene tutta o parte rilevante del capitale, non l'ente stesso che resta pur sempre una società di diritto comune, come tale in linea di principio assoggettabile al fallimento ai sensi dell'art. 2221 c.c., ove ne ricorrano i presupposti<sup>7</sup>.

Il richiamo a questo risalente arresto dei giudici di legittimità mi pare significativo perché delinea, tra l'altro, un primo punto di partenza nell'*iter* interpretativo della giurisprudenza civile sul punto, tenuto presente anche dalle più recenti statuizioni: la mera titolarità in capo ad un soggetto pubblico delle partecipazioni ad una società per azioni non consente di concludere *tout court* per la natura pubblica della partecipata ai fini della sua assoggettabilità a procedura concorsuale ordinaria<sup>8</sup>. D'altro canto come potrebbe non essere così in un mo-

---

<sup>7</sup> V. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 59; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 15; M. NOTARI, *op. cit.*, 104; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, I, Torino, 1997, 217; E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento\**, I, Milano, 1997, 59; F. GALGANO, *Art. 1*, in *Legge Fallimentare*, Commentario Scialoja-Branca a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, I, Bologna-Roma, 1974, 90. Il principio c.d. nominalistico che autorevole dottrina sostiene trova oggi, a quanto consta, isolato seguito nella giurisprudenza civile. V. Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, pubblicata su <http://www.lexambiente.it-rifiuti-251-6226-merito.html>.

<sup>8</sup> Limitatamente a questo punto, in senso conforme Trib. Velletri, 8 marzo 2010, ord., testo integrale pubblicato su <http://www.unijuris.it/files/giuris/Tribunale%20di%20Velletri%208%20marzo%202010.pdf>; App. Torino, 15 febbraio 2010, su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2062.pdf>; Trib. Santa Maria C.V., 22 luglio 2009, su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2064.pdf>. Le massime relative ai provvedimenti ora citati sono pubblicate in *Fallimento*, 2010, 689 con nota di G. D'Attorre. Nello stesso senso Trib. Santa Maria C.V., 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 713 ss. con nota di G. D'Attorre.

dello societario incentrato sulla tendenziale irrilevanza della persona dell'azionista nell'organizzazione sociale?

L'evidenziata linea di convergenza tra le corti non si riscontra tuttavia al momento di stabilire in termini positivi quando un soggetto debba essere considerato pubblico e quindi non fallibile. In linea generale, le più recenti prese di posizione dei tribunali fallimentari — con qualche eccezione<sup>9</sup> sulla quale si tornerà più avanti<sup>10</sup> — tendono a negare la vincolatività della qualificazione formale dell'ente come societario data dalle parti o dalla legge e a riconoscere la prevalenza della sostanza rispetto alla forma giuridica (società per azioni) prescelta per l'iniziativa imprenditoriale.

Non sarebbe fallibile, secondo l'evidenziato approccio, la società a partecipazione pubblica avente natura formalmente privata e sostanzialmente pubblica, esito cioè di un processo di privatizzazione meramente formale di pubbliche funzioni. Più precisamente, sono considerati indici sintomatici di pubblicità dell'ente, alternativamente o congiuntamente: i) le limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari (ove il cda, per esempio, non abbia poteri gestionali di rilievo o l'ente pubblico abbia maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale)<sup>11</sup>; ii) l'ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi statali; iii) l'erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per lo svolgimento degli obiettivi dell'impresa sociale; iv) lo svolgimento della maggior parte dell'attività in favore dell'ente pubblico o la strumentalità della società rispetto al perseguimento di finalità pubbliche<sup>12</sup>; v) la mancata acquisizione di una vocazione commerciale; vi) la partecipazione totalitaria da parte degli enti pubblici connessa al riconoscimento di poteri d'imposizione e di riscos-

---

<sup>9</sup> V. Tribunale di Palermo, 11 febbraio 2010, cit.

<sup>10</sup> V. *infra* § 7.

<sup>11</sup> In questo senso Cass., sez. un., 31 luglio 2006, ordin. n. 17287, pubblicata su [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2065.pdf](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2065.pdf).

<sup>12</sup> V. specialmente, in tema di giurisdizione, Cons. Stato, 31 gennaio 2006, n. 308, in *Dir. e giust.*, 2006, 11, 94.

sione tipicamente pubblicistici<sup>13</sup>. In quest'ottica, mi pare, assume rilievo qualificatorio il modello organizzativo concretamente adottato dalla società, e più specificatamente il suo grado di autonomia gestionale, negoziale, finanziaria e patrimoniale.

Nessuna soglia relativa al grado di penetrazione dell'ente pubblico o dell'interesse pubblico nell'attività sociale viene tuttavia evidenziata in termini assoluti, ma dalla valutazione in concreto della conformazione statutaria della società si fa discendere l'inquadramento dogmatico delle società di gestione di pubblici servizi come enti fallibili o non fallibili. In linea generale, l'utilizzo di risorse pubbliche per lo svolgimento dell'attività non viene considerato elemento di per sé sufficiente a integrare la fattispecie "società pubblica"<sup>14</sup>.

Solo qualora gli aspetti gestionali e organizzativi della società risultino completamente (o in gran parte) avulsi dalle regole societarie comuni, così da rappresentare la società un mero organo o articolazione del soggetto pubblico che la partecipa, si assume che si possa riconoscere alla società natura di ente pubblico con tutte le conseguenze sul piano del trattamento normativo dello stato d'insolvenza.

A dire il vero, tale approccio interpretativo ha condotto più spesso le corti a negare in concreto la sussistenza del carattere pubblico dell'ente societario gestore di servizio pubblico e ad affermare dunque il suo assoggettamento al fallimento, all'amministrazione straordinaria ed alle norme sul concordato preventivo.

### 3. *L'incidenza nel percorso interpretativo delle corti civili del carattere "liquido" assegnato alla nozione di "ente pubblico" dalla giurisprudenza amministrativistica e comunitaria.*

Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma giuridica come presupposto per una riqualificazione dell'ente è stato recepito dai tribunali fallimentari sulla scorta di un conso-

---

<sup>13</sup> Cfr. Trib. Catania, 26 marzo 2010, pubblicata su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2338.pdf>.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. Trib. Velletri, 8 marzo 2010.

lidato orientamento della giurisprudenza amministrativistica che, in passato, ne ha applicato i corollari per la soluzione di problemi ben diversi da quello in questione; e più precisamente per: *i*) dedurre il mantenimento del controllo della Corte dei Conti sugli enti privatizzati sovvenzionati ordinariamente dallo Stato azionista unico o di controllo<sup>15</sup>; *ii*) riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie inerenti le società esercenti attività volte al perseguimento di finalità di interesse pubblico<sup>16</sup>; *iii*) per sottoporre l'attività sociale alle restrizioni territoriali proprie degli enti pubblici partecipanti al capitale<sup>17</sup>; *iv*) per estendere l'applicazione dei principi e criteri dell'attività amministrativa anche a quella "oggettivamente" tale ancorché svolta da società partecipate da enti pubblici<sup>18</sup>.

L'evidenziato carattere di neutralità della forma societaria rispetto al problema della qualificazione dell'ente è per di più in linea con il concetto di impresa pubblica elaborato da qualche decennio a livello comunitario<sup>19</sup> secondo cui per impresa pubblica deve intendersi ogni impresa nei cui confronti i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante; e per poteri pubblici devono intendersi lo Stato e gli altri enti territoriali<sup>20</sup>. Nella stessa direzione anche alcune pronunce della Corte di Giustizia Europea<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> V. anche Corte Cost., 29 dicembre 1993, n. 466, in *Foro it.*, 1994, I, 352 ss.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2006, n. 308, in *Giorn. amm.*, 2006, 623 ss.

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2002, in *Foro amm.*, 2002, 2061 ss. Sul problema dell'attività extraterritoriale delle società miste, cfr. E. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 2002, 777.

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Foro amm.*, 1995, 1010. Tale orientamento è stato di recente recepito a livello normativo dalla l. 69-2009 e l. 15-2005. Sul punto, da ultimo, C. POLIDORI, *L'attività amministrativa delle società in mano pubblica, alla luce delle recenti modifiche della legge n. 241-1990*, in *Corriere del merito*, 2010, 469 ss.

<sup>19</sup> V. Trib. Santa Maria C.V., 9 gennaio 2009, cit., 714.

<sup>20</sup> Cfr. art. 2, Direttiva n. 80/723/Cee del 25 giugno 1980 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980L0723:IT:HTML>.

<sup>21</sup> V. C. G. CE., 16 ottobre 2003, in C-283/00 e 15 maggio 2003, in C-214/00, Commissione c. Regno di Spagna.



4. *L'approccio funzionale. L'assoggettabilità al fallimento come esito di una valutazione di compatibilità operata dall'interprete tra la disciplina di diritto comune e le specifiche normative di settore. La pretesa incompatibilità del fallimento delle società in mano pubblica "necessarie" con l'interesse pubblico alla continuità nella gestione del servizio pubblico.*

Sullo sfondo di queste prese di posizione nel senso della non vincolatività della qualificazione societaria dell'ente sta una considerazione di carattere empirico di una certa rilevanza. Il fenomeno delle società in mano pubblica si caratterizza oggi per essere un insieme eterogeneo per storia, per caratteristiche intrinseche (economiche, di conformazione statutaria<sup>22</sup>, del tipo di attività)<sup>23</sup>, nonché per la stratificazione nel tempo di una pluralità di discipline di diversa portata sistematica.

In questo contesto si va affermando in dottrina un diverso approccio alla complessa problematica che, rinunciando alla pretesa di qualificazione della società a prevalente o totale partecipazione pubblica come ente pubblico o privato, si propone di individuare la concreta disciplina applicabile alla stessa sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune con le specifiche istanze e normative di settore. Tale approccio — si avverte — è stato recepito piuttosto timidamente in giurisprudenza, ed ha contribuito a fornire ai giu-

---

<sup>22</sup> Cfr. F. GUERRERA, ID., *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010. ID., *La società a partecipazione pubblica: disciplina, struttura e funzionamento*, testo inedito consultato grazie alla cortesia dell'Autore.

<sup>23</sup> Questa rilevazione è tenuta ben presente da una recente proposta dell'Assonime in vista del riordino del quadro giuridico delle società in mano pubblica, che evidenzia la necessità di distinguere nettamente le regole giuridiche per le società di mercato, improntate al diritto comune, dal regime giuridico dei soggetti che, pur avendo forma societaria, sono nella sostanza semi-amministrazioni, per le quali è pensabile l'assoggettamento a norme e controlli di tipo pubblicistico. Cfr. ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, testo visionabile *on line* su [www.astrid-online.it/Responsabi/Documenti/Assonime\\_riordino\\_societa\\_publiche\\_settembre08.pdf](http://www.astrid-online.it/Responsabi/Documenti/Assonime_riordino_societa_publiche_settembre08.pdf).

dici argomenti di mero supporto all'inquadramento dogmatico della fattispecie concreta come ente pubblico o privato<sup>24</sup>.

In sostanza, questo approccio, nell'impostazione teorica proposta da una parte della dottrina<sup>25</sup>, proporrebbe all'interprete di "saltare" l'operazione qualificatoria a monte per stabilire in concreto se debba trovare applicazione la disciplina privatistica o pubblicistica in considerazione della natura dell'attività e degli interessi coinvolti. La medesima società, in base a questa impostazione, potrebbe essere assoggettata alla disciplina pubblicistica per alcuni aspetti, e a quella privatistica in quanto compatibile per altri. D'altro canto, si dice, è lo stesso legislatore che, lungi dal disciplinare in modo organico le società a partecipazione pubblica, si limita a estendere anche a queste norme di natura pubblicistica, in funzione della natura dell'attività e dell'intensità del collegamento tra l'ente pubblico e la società, tra l'attività sociale e gli interessi generali (si pensi ad es. alle norme in materia di appalti per i contratti stipulati con i terzi; all'esenzione dalla gara ad evidenza pubblica per gli affidamenti *in house*; alla normativa sul diritto di accesso agli atti amministrativi ecc.). L'applicazione della disciplina pubblicistica sarebbe possibile solo laddove essa venga reputata, dal legislatore o (si badi bene) dalla giurisprudenza, necessaria per la tutela di interessi pubblici o collettivi.

Tale approccio interpretativo viene considerato suscettibile di essere applicato anche in punto di assoggettabilità al fallimento delle società in mano pubblica. In questo ambito, l'applicazione del c.d. metodo "funzionale" conduce parte della dottrina a ritenere che almeno alcune società a partecipazione pubblica non possano fallire; e ciò si afferma in fase di un'interpre-

---

<sup>24</sup> App. Torino, sez. I, decr., 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, 689 con nota di D'Attorre.

<sup>25</sup> Cfr. G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, in corso di pubblicazione; ID., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 691 ss.; ID., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, *ivi*, 2009, 715 ss.; ID., *Gli enti di natura pubblica*, in M. SANDULLI (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento*, Milano 2007, 110 ss. Nella dottrina amministrativistica il rinvio è specialmente a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003, 179 ss.; ID., *I soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, 822 ss.

tazione analogica del disposto contenuto nell'ultimo inciso dell'art. 1, comma 1, l. fall. Il percorso ermeneutico proposto, in vista della verifica di compatibilità delle norme fallimentari rispetto alla tutela degli interessi pubblici coinvolti nell'attività sociale, parte dall'individuazione della *ratio* della previsione di non fallibilità degli enti pubblici *ex art. 1 l. fall.* Più precisamente questa consisterebbe nell'incompatibilità della procedura con lo svolgimento dell'ordinaria attività dell'ente pubblico, per il suo carattere di esecuzione generale ed il suo fine esclusivo di tutela delle ragioni creditorie, incompatibilità tale da precludere il perseguimento dell'interesse pubblico. A ciò si aggiunge, negli enti a carattere territoriale, la considerazione del divieto per gli organi della procedura di sostituirsi all'organo amministrativo nella gestione dell'attività dell'ente. Le stesse istanze di tutela dell'interesse pubblico si assume possano riscontrarsi nelle società in mano pubblica c.d. necessarie, laddove il carattere di necessità è legato allo svolgimento, in regime di concessione, di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi. Per quanto si riconosca che ad essere necessaria in tal caso è la continuità del servizio, non del soggetto che lo gestisce, si arriva per questa via ad ammettere in via temporanea il carattere necessario della società, quantomeno sino al momento della sua sostituzione nella gestione del servizio<sup>26</sup>.

Muovendo così da una supposta *ratio* dell'art. 1, primo comma, ultimo inciso, l. fall. (o dell'art. 2221 c.c.) che ravvisa il fine dell'esonero dal fallimento degli enti pubblici nell'intento di garantire la continuità della loro attività, si reputa che tale privilegio debba accordarsi ogni qualvolta l'interesse collettivo all'attività possa essere compromesso dall'applicazione dell'ordinaria procedura concorsuale<sup>27</sup>.

L'incompatibilità della procedura concorsuale con l'interesse alla continuità del servizio pubblico gestito dalla società si

---

<sup>26</sup> G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., 720.

<sup>27</sup> G. NAPOLITANO, *Soggetti privati*, cit., 801 ss. *Contra* G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 477.

rileva con riferimento ad alcuni effetti del fallimento e più precisamente in ordine: *i*) allo spossessamento del debitore dei beni aziendali e la cessazione dell'attività d'impresa (art. 42 l. fall.); *ii*) all'attribuzione all'autorità giudiziaria, anziché amministrativa, del potere di decidere in ordine all'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa da parte della società, peraltro finalizzata all'esclusiva tutela del ceto creditorio (art. 104 l. fall.), nonché in ordine al possibile affidamento a terzi dell'attività attraverso l'affitto dell'azienda del fallito (art. 104 *ter* l. fall.). In tal caso, si dice, verrebbe lesa la riserva della titolarità delle funzioni amministrative, costituzionalmente garantita (v. art. 108 cost.), in favore degli enti pubblici<sup>28</sup>.

Le società in mano pubblica "necessarie" sarebbero per questa via escluse dal fallimento, perché la soggezione a tale procedura concorsuale lederebbe gli interessi pubblici che lo stesso art. 1 l. fall. intende tutelare; in assenza di un'espressa previsione normativa non potrebbero essere assoggettate a liquidazione coatta amministrativa (art. 2 l. fall.) e pertanto, in forza dell'attuale quadro normativo, sarebbero trattate alla stessa stregua dell'insolvente civile.

L'incompatibilità con la procedura fallimentare non sarebbe invece riscontrabile laddove la società in mano pubblica non gestisse un servizio pubblico essenziale. In tal caso, a nessun titolo questa potrebbe rientrare nell'area di esonero prevista per gli enti pubblici.

5. (Segue) *Rilievi critici. Contrarietà rispetto all'interesse alla continuità del servizio pubblico della permanenza della titolarità della concessione in capo alla società decotta.*

L'approccio funzionale stenta ad affermarsi in giurisprudenza e ciò, a mio modesto avviso, per la fragilità delle argo-

---

<sup>28</sup> Sul punto D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento*, cit., 696 s.; ID., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, cit., 719 ss.

mentazioni, l'incoerenza delle soluzioni con il dato normativo, l'inadeguatezza delle conseguenze sul piano applicativo.

Sotto il primo profilo, ritengo che la tesi vacilli in punto di tecnica interpretativa ove si richiami all'istituto dell'*analogia iuris* per giustificare l'allargamento dell'area di esonero dal fallimento alle società in mano pubblica c.d. "necessarie", in considerazione della natura dell'attività esercitata e degli interessi coinvolti. L'esclusione degli imprenditori commerciali enti pubblici dal fallimento è norma di carattere speciale, introdotta con funzione derogatoria rispetto a quella generale che sottopone alla procedura tutti gli imprenditori commerciali che superino le soglie di cui al secondo comma dell'art. 1 ed è pertanto insuscettibile di interpretazione analogica.

Anche a non voler ammettere il carattere di specialità della norma, peraltro evidenziato nella relazione del Guardasigilli al r.d. 267/1942 (art. 4), non può non rilevarsi come tale esonero si fonda non sulla natura dell'attività esercitata dall'ente o gli interessi coinvolti nell'attività medesima bensì sul riconoscimento del soggetto esercente come "ente pubblico"; il che rende la scelta interpretativa di prescindere dalla qualificazione del soggetto come arbitraria.

Percorrendo sino in fondo l'approccio funzionale si perverrebbe poi al risultato di considerare non fallibili anche le società ad azionariato (totalmente o prevalentemente) privato ove esercenti attività di gestione di servizi pubblici essenziali, risultato palesemente in contrasto con disposto dell'art. 2221 c.c. e dell'art. 1 l. fall. Per tale ragione, i tribunali fallimentari ancora oggi non rinunciano ad operare previamente una qualificazione (o ri-qualificazione) dell'ente, perché è su questo terreno che deve adoperarsi l'interprete per ricostruire la disciplina in tutti i casi in cui non sia preventivamente la legge a prescrivere una speciale procedura per l'ente in stato d'insolvenza.

Nel merito delle obiezioni relative alla presunta inconciliabilità della procedura con l'interesse alla continuità della gestione del servizio la tesi appare poi alquanto contraddittoria.

Vero è che la sentenza di fallimento determina in genere un'interruzione dell'attività sociale, ma tale interruzione può realizzarsi in tutti casi di scioglimento della società, anche a motivo dell'erosione del capitale reale a cifra inferiore al minimo legale, in assenza di una sua ricostituzione o della trasformazione della società (art. 2484, comma primo, n. 4, c.c.), senza che questa evenienza possa comportare la disapplicazione della relativa disciplina per garantire la continuità del servizio. E non è un caso che, sul piano applicativo, tale evenienza unitamente al fallimento sia di frequente considerata, nei contratti di affidamento del servizio, come causa di decadenza della concessione. Ciò, infatti, consente all'ente pubblico controllante di provvedere ad una sostituzione della società decotta nella gestione del servizio in vista proprio della tutela dell'interesse generale alla continuità del servizio e, per questa via, prevenire l'indebita sostituzione dell'autorità giudiziaria nell'esercizio di funzioni amministrative.

Ancora, la soluzione cui approda questa impostazione (esonero dal fallimento della società "necessaria" e l'esposizione alle azioni esecutive individuali dei singoli creditori) risulta particolarmente pregiudizievole dell'interesse ad assicurare la continuità del servizio pubblico. Può una società decotta e per di più esposta ad uno smembramento del patrimonio aziendale continuare a garantire la gestione efficiente di un servizio?

A ciò si aggiunga anche la considerazione che gli interessi tutelati dal fallimento, sui quali in questa sede non ci si può soffermare, non possono essere ristretti, specie a seguito della riforma, nell'ambito della mera tutela delle ragioni del ceto creditorio; e, anche ove così fosse, questa tutela è da considerare "come un altissimo interesse pubblico"<sup>29</sup> in contrasto gli interessi particolaristici sia del debitore sia dei singoli creditori. Più in generale la liquidazione concorsuale evita il propagarsi dell'insolvenza e consente oggi una rapida riallocazione delle

---

<sup>29</sup> Relazione del Guardasigilli al R.D. 267/1942, art. 3.

risorse economiche non utilizzate, costituendo uno strumento di tutela dell'interesse economico generale. Anche per tali ragioni si ritiene che l'area di esonero dalle ordinarie procedure concorsuali non possa essere indebitamente estesa nel silenzio del legislatore. In questa prospettiva è da leggersi ad esempio il Decreto Alitalia (convertito in l. 134-2008), con il quale sono state introdotte norme speciali volte a garantire la prosecuzione dello svolgimento del servizio da parte della società insolvente.

6. *Il significato della scelta dello strumento societario da parte del soggetto pubblico per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale. Centralità della normativa codicistica.*

Dalle considerazioni svolte emerge come il problema qualificatorio a monte non possa essere eluso in favore dell'approccio funzionale e richieda una impostazione più coerente con il dato normativo.

La ricostruzione del quadro normativo di riferimento non è tuttavia agevole, specie se si considerano gli interventi di carattere speciale del legislatore negli ultimi due decenni. La caratteristica comune (se si può dire) di tali interventi normativi è una voluta settorialità e non organicità che si traduce nella scelta legislativa di disciplinare solo alcuni aspetti della disciplina delle società a partecipazione pubblica per la loro incidenza nel perseguimento di interessi generali e, spesso, solo con riferimento ad alcune tipologie di attività delle stesse.

I dati normativi, pur controversi sotto in profilo interpretativo e ricostruttivo, non impediscono tuttavia una risposta unitaria al problema della natura delle società in mano pubblica ai fini della loro assoggettabilità al fallimento. Problema la cui soluzione, a mio avviso, non può prescindere dal dato formale che le s.p.a. a totale o prevalente partecipazione pubblica sono anzitutto società di capitali, enti previsti e disciplinati in via generale dal diritto privato (art. 2449 c.c.).

Tale normativa, peraltro in tempi relativamente recenti modificata (v. art. 13, l. 34/2008, e art. 3, comma 1, l. 46/2007)<sup>30</sup>, prevede, come è noto, delle deroghe (poche) alla disciplina di diritto comune delle società, riguardanti unicamente la nomina e revoca dei componenti degli organi di amministrazione e controllo. La sobrietà di questa disciplina, lungi dall'esser casuale, è stata letta da eminenti privatisti come frutto di un preciso orientamento del legislatore del '42 volto ad equiparare le società controllate dallo Stato o enti pubblici, per quanto possibile, alle società a capitale interamente privato, assoggettando anche le prime al diritto azionario comune<sup>31</sup>. Convincimento accreditato, fra l'altro, da un notissimo passo della Relazione del Guardasigilli al Codice civile che sottolinea con forza come "in questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezione, in quanto norme speciali non dispongano diversamente" (n. 998)<sup>32</sup>.

Quest'orientamento, emerso peraltro in un clima giuridico aperto a tendenze panpubblicistiche, risulta oggi rafforzato dalle modifiche intervenute agli artt. 2449 e ss. c.c., a seguito di alcuni pronunciamenti della Corte di Giustizia Europea<sup>33</sup>, tese a equiparare (non sempre in modo compiuto) le prerogative degli azionisti pubblici a quelle dell'azionista privato in tema di nomina e revoca degli organi amministrativi e di controllo.

---

<sup>30</sup> Per i necessari riferimenti cfr. C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 947 ss.; I. DEMURO, *Società in mano pubblica*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Torino, 2009, 859 ss.

<sup>31</sup> V. M.T. CIRENEI, *Società di diritto speciale*, cit., 9 ss.

<sup>32</sup> V. C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 3.

<sup>33</sup> V. specialmente CGE, sez. I, 6 dicembre 2007, n. C-464/04, in *Giur. comm.*, II, 576 ss. con note di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, 932 ss.; e di M.C. CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e potere di controllo nell'art. 2449 c.c.*, 932 ss.



7. *L'afferenza dell'attività svolta all'interesse pubblico come realtà economica che può (ma non necessariamente) tradursi, per espressa scelta del legislatore, sul piano giuridico. La società a partecipazione pubblica insolvente come ente soggetto al diritto fallimentare comune, in quanto norme speciali non dispongano diversamente.*

Da quanto detto emerge in modo incontrovertibile la centralità della disciplina codicistica di diritto comune nella regolamentazione delle società in questione<sup>34</sup>.

Se è vero che la disciplina delle società in questione è quella prevista dal codice civile, fatte salve le deroghe previste dalla legislazione speciale, le società in mano pubblica sono soggetti di diritto privato<sup>35</sup>. E ciò in quanto la disciplina codicistica non trova applicazione con riferimento alle “persone giuridiche pubbliche” (*ex art. 11 c.c.*).

Quella della “persona giuridica pubblica” è una nozione da molti pubblicisti svalutata dal punto di vista della sua portata sistematica ed ogni sforzo compiuto per l'individuazione dei suoi caratteri si è spesso rivelato vano in quanto insuscettibile di condurre a risultati applicabili all'intero genere degli enti pubblici. Tale concetto tuttavia non ha solo valore meramente conoscitivo ma un'evidente importanza sotto il profilo normativo. Per quanto qui interessa, da tale qualificazione discende, non tanto l'applicazione, bensì la disapplicazione della disciplina delle persone giuridiche prevista dal codice civile (*art. 11 c.c.*)<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Tale centralità è stata ribadita dal Tribunale di Palermo in una recente sentenza con la quale è stato dichiarato lo stato d'insolvenza — ai fini dell'ammissione alla procedura dell'amministrazione straordinaria — di una ex municipalizzata, oggi s.p.a. a capitale interamente pubblico, affidataria *in house* del servizio pubblico di raccolta e smaltimento di rifiuti solidi urbani. Cfr. Tribunale di Palermo, 11 febbraio 2010, cit.

<sup>35</sup> V. sul punto le interessanti osservazioni di B. LIBONATI, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, relazione al Convegno Assonime-LUISS “Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina (Roma, 13 maggio 2009), 3 ss., visionabile on line sul sito [www.assonime.it](http://www.assonime.it), sezione Note e Studi.

<sup>36</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, 93.

