

## **Corollari della società *in house*: esclusione dal fallimento ed applicazione della normativa organizzatoria relativa al socio pubblico. In specie, ove l'ente ausiliato sia una P.A., patrocinio dell'Avvocatura dello Stato**

TRIBUNALE DI NAPOLI, VII SEZ. CIV., DECRETO 9 GENNAIO 2014, N.R.R.FALL. 1097/13

*Michele Gerardo\**

*SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Esclusione dal fallimento delle società in house. - 3. Ulteriori corollari della qualificazione della società in house, quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico. - 4. (segue) In specie: rappresentanza e difesa in giudizio delle società in house aventi quale azionista un Amministrazione Statale.*

### *1. Introduzione.*

Il decreto motivato che si annota ha ad oggetto il problema dell'assoggettabilità al fallimento della società *in house*, nell'ambito del più ampio discorso del fallimento delle società pubbliche.

L'art. 1 comma 1 della Legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267) sancisce che “*Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*”.

Fin dall'entrata in vigore del codice civile - introducendo alcune disposizioni relative alle società commerciali partecipate dalla P.A. (artt. 2458-2460: “*Delle società con partecipazione dello Stato e degli enti pubblici*”; art. 2461: “*Delle società di interesse nazionale*”) - è stato posto il problema della rilevanza dell'interesse pubblico di cui è portatore l'ente azionista, anche ad altri fini, ed in particolare se esso, venendo a contrastare con l'interesse sociale, debba oppure no prevalere nei confronti di questo, con riferimento soprattutto all'ipotesi in cui l'ente pubblico sia socio di maggioranza, ciò con inevitabili ricadute sulla disciplina e finanche sulla qualificazione della società (1).

La società *in house* è una società commerciale - e quindi imprenditore commerciale per definizione - oppure è una articolazione nell'ambito di un ente pubblico (azionista di essa società) o è un ente pubblico distinto dall'azionista pubblico?

---

(\*) Avvocato dello Stato.

(1) Per una sintesi: A. GRAZIANI-G. MINERVINI-U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Morano editore, 1990, 208; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, UTET, V edizione, 2006, 75; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè ed., XII edizione, 2010, 100; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, 2009, 202; P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Maggioli editore, V ed., 2012, 414; F. FIMMANÒ, *Il fallimento delle “società pubbliche”*, in *Gazzetta Forense*, 2013, novembre-dicembre 2013, 13.

Allo stato vi è un vivace dibattito dottrinale - con orientamenti giurisprudenziali, specie di merito, contrastanti - sulla possibilità che le società di diritto privato aventi un azionista pubblico possano essere sottoposte a fallimento. Vuol farsi riferimento alle società di diritto privato "pure" - tra le quali le società *in house* - e non a quelle aventi una disciplina in deroga al diritto comune delle società.

A grandi tratti, un primo orientamento ritiene che la scelta della P.A. di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta; sicché la scelta di gestire un servizio pubblico essenziale, utilizzando il modello della società di capitali, anziché l'azienda speciale o la concessione a terzi, comporta l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale in pieno, qualsiasi sia l'attività economica svolta ed a prescindere dalla relativa collocazione in un mercato concorrenziale, e non solo i vantaggi derivanti dalla segregazione patrimoniale; l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale comporta, tra l'altro, per le società commerciali la sottoposizione al fallimento.

Altro orientamento, diversamente, esaltando gli aspetti sostanziali ed altresì l'attività di tali società ha escluso la sottoposizione delle società pubbliche al fallimento, riqualficando esse società come ente pubblico o qualificandole come mere articolazioni interne all'ente azionista, ossia mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico.

Data la rilevanza dei corollari è necessario, a colpi di sciabola, perimetrare i caratteri della società *in house*. Questa è una *species* del *genus* delle società "pubbliche", ossia aventi come azionista una P.A.

È *in house* la società che produce beni, servizi o lavori in favore del socio pubblico. Ricorre il fenomeno denominato *in house providing* con il quale la P.A. acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa, senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato.

La prima definizione giurisprudenziale della figura è fornita dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 - *Teckal*, che ha esaminato il problema dell'applicabilità delle regole della gara in materia di appalti nella evenienza che la committente sia una P.A. e che aggiudicatario sia una società partecipata dalla prima. All'uopo la Corte ha affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "*controllo analogo*" a quello esercitato sui propri servizi ed il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del "*controllo analogo*" e della "*destinazione prevalente dell'attività*", l'ente *in house* non può ritenersi "*terzo*" rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in

essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture. Ciò in quanto nel caso di specie ricorre un rapporto organico (o di delegazione interorganica), venendo a mancare la qualità di terzo in capo al soggetto affidatario. La delega interorganica e il conseguente rapporto di strumentalità dell'ente affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice rendono allora lo svolgimento della prestazione una vicenda tutta interna alla pubblica amministrazione.

Il "*controllo analogo*", per la giurisprudenza comunitaria e nazionale, si caratterizza per i seguenti requisiti:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale. Le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante, atteso che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "*controllo analogo*" (2). L'ente pubblico partecipante deve avere, statutariamente, il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica;

- l'impresa non deve aver "*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*" da parte dell'ente pubblico (3);

- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati (4), sicché è necessario che lo statuto dell'ente inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari;

- il controllo analogo non è escluso dalla circostanza che il pacchetto azionario della società sia posseduto (anche in misura esigua per ciascuno) da una pluralità di enti pubblici (5). In tal caso, la verifica sul "*controllo analogo*" si sposta necessariamente nel rinvenimento di clausole o prerogative che conferiscono agli enti locali partecipanti a quote societarie anche se esigue, effettive possibilità di controllo nell'ambito in cui si esplica la attività decisionale dell'organismo societario attraverso i propri organi (assembleari o di amministrazione) da intendersi tale controllo esercitabile in chiave non soltanto propulsiva o propositiva di argomenti da portare all'ordine del giorno del consesso

---

(2) Consiglio di Stato, 8 gennaio 2007, n. 5.

(3) Tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero: sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - *Parking Brixen GmbH* e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - *Mödling o Commissione c/ Austria*.

(4) Consiglio di Stato, 30 agosto 2006, n. 5072.

(5) Corte di giustizia, sent. 10 settembre 2009, n. 573/07 e 13 novembre 2008, n. 324/07.

assembleare bensì, e principalmente, di poteri inibitivi di iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente locale nel cui ambito territoriale si esplica il servizio (6).

In senso particolarmente restrittivo è stato inteso anche il requisito dell'attività svolta prevalentemente a favore dell'ente affidante. Tale condizione è soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante (7).

I connotati ora decritti della società *in house* sono stati recepiti anche dal legislatore. All'uopo una definizione è rinvenibile nell'art. 19, comma 5 del D.L. 1 luglio 2009 n. 78, conv. L. 3 agosto 2009, n. 102, secondo cui: *“Le amministrazioni dello Stato, cui sono attribuiti per legge fondi o interventi pubblici, possono affidarne direttamente la gestione, nel rispetto dei principi comunitari e nazionali conferenti, a società a capitale interamente pubblico su cui le predette amministrazioni esercitano un controllo analogo a quello esercitato su propri servizi e che svolgono la propria attività quasi esclusivamente nei confronti dell'amministrazione dello Stato. Gli oneri di gestione e le spese di funzionamento degli interventi relativi ai fondi sono a carico delle risorse finanziarie dei fondi stessi”*.

Sui requisiti della società *in house*, sulla necessità che essi requisiti sussistano tutti contemporaneamente e che trovino tutti il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale, di recente si sono pronunciate le SS.UU. della Cassazione con la sentenza 25 novembre 2013 n. 26283, ampiamente citata nel provvedimento che si annota.

## 2. Esclusione dal fallimento delle società *in house*.

Il decreto che si annota esamina uno dei principali corollari della qualificazione della natura pubblica o privata della società *in house*, ossia quello della assoggettabilità al fallimento.

Il Tribunale di Napoli, anche sulla scorta di un recente arresto del giudice di legittimità, esclude il fallimento della società in esame con un interessante percorso motivazionale, imperniato, in sintesi, non sulla qualificazione di autonomo ente pubblico della società *in house*, bensì sulla immedesimazione, sulla non alterità della società rispetto all'ente per il quale svolge funzioni ancillari.

Il giudice partenopeo, sulla scorta delle citate SS.UU. della Cassazione, rileva che:

- la società *in house*, non è un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, atteso che quest'ultimo ne dispone come di una propria articolazione interna;

---

(6) Così T.a.r. Lazio, sentenza 16 ottobre 2007 n. 9988.

(7) C.G.A. per la Regione Sicilia, sentenza 4 settembre 2007 n. 719.

- la società non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo;

- l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa;

- l'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; tuttavia di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare;

- non risultando possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità.

Il giudicante evidenzia che viene meno anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società, argomento su cui, invece, si fondava la pregressa giurisprudenza, anche di legittimità, che ne riteneva la fallibilità, proprio in quanto soggetto giuridico distinto dal socio pubblico (da ultimo Cass. civ., n. 22209/2013; n. 21991/2012).

Il giudice conclude che - sul rilievo che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento - la società *in house* integralmente partecipata da un ente pubblico, non può essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto la stessa concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico (e non un distinto soggetto giuridico, un centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione); inoltre - statuisce il giudicante - l'ente pubblico esercita sulla società un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni.

All'evidenza, le conclusioni affermate nel provvedimento in esame circa la qualificazione della società *in house*, quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, sono persuasive e da condividere, basate su un giusto approccio sostanziale dei rapporti giuridici. Difatti, il dato insopprimibile nelle società *in house* è che queste curano interessi pubblici a mezzo di risorse della collettività. La forma societaria costituisce principalmente un mezzo per agire in modo snello, mezzo che deve essere, tuttavia, coerente con i dati sostanziali.

La personalità giuridica della società *in house* rileva ai fini della separazione patrimoniale, ai fini della reciproca insensibilità delle vicende patrimoniali interessanti la società ed il socio. Sicché nell'ipotesi del ricorso alla società per azioni "*per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*" (art. 2325, comma 1 c.c.); analoga regola vale per la società

a responsabilità limitata (art. 2462 comma 1 c.c.). Delle obbligazioni della società *in house* non risponde la pubblica amministrazione, socio di riferimento, bensì soltanto la società con il suo patrimonio.

Ciò in coerenza con il *proprium* dell'acquisto della personalità giuridica ed in coerenza, altresì, con la tendenza del sistema normativo contemporaneo il quale, per favorire l'iniziativa economica, mette a disposizione degli operatori variegati strumenti per limitare la responsabilità patrimoniale. Valga per tutti l'esempio del patrimonio destinato ad uno specifico affare (artt. 2447 *bis* e ss. c.c.). In tale evenienza i creditori della società per azioni - a date condizioni, anche pubblicitarie - non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato (art. 2447 *quinquies*, comma 1, c.c.); inoltre per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato (art. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c.).

### *3. Ulteriori corollari della qualificazione della società in house, quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico.*

La qualificazione della società *in house* quale mero patrimonio separato dell'ente pubblico ha importanti ricadute sulla disciplina della stessa.

Nella evenienza che la società *in house* abbia come azionista una Amministrazione Statale saranno applicabili alla stessa - in coerenza con il presupposto - le norme caratterizzanti l'organizzazione dello Stato, a meno che non vi sia una espressa deroga legislativa; ciò in aggiunta alla disciplina codicistica del tipo di società prescelta, sul rilievo - operato nel provvedimento in esame - "*che, ove manchino specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario*".

Vuol dirsi che il principio generale in materia è quello che, in via immediata e diretta, si applica alla società la normativa relativa alla organizzazione amministrativa dello Stato senza necessità di alcuna norma di richiamo; ove vi fosse una norma di richiamo o fosse presente una disposizione che dichiara applicabili alla società determinati istituti organizzativi dello Stato, saremmo in presenza di una norma ricognitiva, senza alcuna capacità di innovare l'ordinamento giuridico, introdotta solo al fine di specificazione, di chiarezza e di evitare equivoci. Viceversa per escludere l'applicazione alla società di un istituto o di una disposizione relativa alla detta organizzazione statale è necessaria una norma primaria di deroga.

In conseguenza di quanto detto, nella evenienza che la società *in house* abbia come azionista una Amministrazione Statale saranno applicabili le norme caratterizzanti l'organizzazione dello Stato. Tra queste, si richiama:

**a)** la normativa sulla contabilità di Stato.

Il bilancio avrà ad oggetto l'attività delle Amm.ni Statali, ivi comprese le società *in house*. In tal senso, ad esempio, l'art. 4 comma 14 D.L. 13 agosto 2011 n. 138, conv. L. 14 settembre 2011, n. 148 e succ. mod. - per il quale

*“Le società cosiddette «in house» affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per gli Affari Regionali, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno”* - costituisce precetto confermativo e specificativo del principio generale sopracitato. Analogo rilievo vale per l'art. 4 comma 15 D.L. n. 138 cit. secondo cui *“Le società cosiddette «in house» e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni”* e per l'art. 3 comma 15 L. 24 dicembre n. 244 statuyente che le società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1, del c.c. adottano, per la fornitura di beni e servizi, parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli messi a disposizione delle PP.AA. dalla Consip Spa.;

**b)** la normativa sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio (R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611).

Anche per le società *in house* varrà quindi la regola fissata dall'art. 1 R.D. cit. relativa alla difesa in giudizio - in via organica ed esclusiva - dell'Avvocatura dello Stato;

**c)** la disciplina legislativa sul controllo e responsabilità attribuiti alla cognizione della Corte dei Conti (art. 103 Cost., comma 2; R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, art. 13; L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, comma 4). All'uopo la normativa (8) che ha introdotto per gli amministratori di date società quotate una eccezione alla giurisdizione contabile costituisce deroga al principio generale della sottoposizione di questi al giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi al giudice contabile.

I rilievi ora fatti valgono, *mutatis mutandis*, anche nel caso che socio sia una pubblica amministrazione diversa dallo Stato. Molto rilevante è il settore delle società partecipate dalle regioni e dagli altri enti locali, a mezzo delle quali viene operata la gestione dei pubblici servizi locali. La fattispecie che ha occasionato il provvedimento in commento riguarda proprio una società che gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, integralmente partecipata

---

(8) Art. 16 bis D.L. 31 dicembre 2007, n. 248, conv. L. 28 febbraio 2008, n. 31, secondo cui: *“Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”*.

dalla Regione Campania, detentrica del 100% del capitale sociale.

Quanto ricostruito trova conferma nella evoluzione della normativa disciplinatrice delle società in esame.

Al fine di evitare equivoci o dubbi interpretativi - sul presupposto che le società *in house* gestiscono interessi pubblici con risorse della collettività - sono state introdotte varie disposizioni dirette ad estendere regole valevoli per la P.A. alle società da questa partecipate.

Oltre alle norme sopracitate alla lettera a) in tema di bilancio, particolarmente significativo è l'art. 18 D.L. 25 giugno 2008 n. 112, conv. L. 6 agosto 2008, n. 133, e succ. mod., secondo cui:

*“1 [...], le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 [...]*

*2-bis. Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Si applicano, altresì, le disposizioni che stabiliscono, a carico delle rispettive pubbliche amministrazioni locali, obblighi di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, attraverso misure di estensione al personale dei soggetti medesimi della vigente normativa in materia di vincoli alla retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria. [...]. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, comma 7, del presente decreto, le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica sono escluse dall'applicazione diretta dei vincoli previsti dal presente articolo. Per queste società, l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, stabilisce modalità e applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, che verranno adottate con propri provvedimenti. [...].*

*3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati”.*

La ragione dei precetti è intuitiva. Circa il limite delle assunzioni, ad esem-



pio, questo potrebbe essere eluso dalla P.A. a mezzo di una società partecipata.

Ulteriore precetto emblematico del *trend* diretto a considerare le società in esame quali mere articolazioni dell'ente azionista è l'art. 76 comma 7 D.L. n. 112 cit. il quale - ai fini del calcolo della spesa del personale degli enti locali, determinante la possibilità di effettuare assunzioni di personale - prescrive che si calcolano le spese sostenute anche, tra l'altro, dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, nè commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, escluse le società quotate su mercati regolamentari.

4. (segue) *In specie: rappresentanza e difesa in giudizio delle società in house aventi quale azionista un Amministrazione Statale.*

Corollario di quanto detto è che per tutte le società *in house* aventi quale azionista una Amministrazione Statale vale la regola, a prescindere da una puntuale previsione normativa, della rappresentanza e difesa in giudizio - in via organica ed esclusiva - dell'Avvocatura dello Stato. Difatti, costituendo le società *in house* mere articolazioni interne dell'Amministrazione Statale azionista, mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico vale il precetto posto dall'art. 1 R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 per il quale *“La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato”*.

È noto che negli ultimi anni rilevante è stato in numero delle società ancillari riconducibili all'Amm.ne statale e in specie al Ministero dell'Economia e delle Finanze (M.E.F.).

Tra queste possiamo citare:

- la SOGIN s.p.a. - Società Gestione Impianti Nucleari, partecipata al 100 % dal M.E.F., responsabile della bonifica ambientale dei siti nucleari italiani e della gestione e messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi prodotti dalle attività industriali, di ricerca e di medicina nucleare;

- la CONSIP - Concessionaria Servizi Informativi pubblici, società per azioni del M.E.F., che ne è l'azionista unico, la quale opera secondo gli indirizzi strategici di questi, lavorando al servizio esclusivo della Pubblica Amministrazione e svolge attività di consulenza, assistenza e supporto in favore delle amministrazioni pubbliche nell'ambito degli acquisti di beni e servizi;

- la SICOT - Sistemi di consulenza per il Tesoro s.r.l., quale struttura di supporto qualificata per fornire assistenza al Dipartimento del Tesoro nelle attività istituzionali relative alla gestione e valorizzazione delle partecipazioni azionarie detenute dalla Pubblica Amministrazione e per l'attuazione dei pro-

cessi di privatizzazione. L'attività della Società è svolta in via esclusiva per il Ministero dell'economia e delle finanze, unico socio, sulla base di una Convenzione quinquennale che ne fissa ambiti e criteri di intervento;

- la SOGEI - Società Generale d'Informatica S.p.A., partecipata al 100% dal M.E.F. preposta al settore *Information Technology* del Ministero medesimo; ha progettato e realizzato il Sistema informativo della fiscalità del quale segue costantemente la conduzione e l'evoluzione, operando sulla base del modello organizzativo dell' "*in house providing*".

Dagli esempi fatti appare evidente che le società *in house* gestiscono materie di interesse e competenza statali che solo per ragioni organizzatorie hanno assunto la forma giuridica di società commerciale e non quella di struttura interna (Dipartimento, Direzione, ecc.) di un dato Ministero.

La qualità degli interessi gestiti, all'evidenza conferma l'applicazione della normativa sulla organizzazione statale.

I dirigenti di tali società, gestendo risorse pubbliche, devono sottostare al giudizio di responsabilità della Corte dei Conti.

Le controversie coinvolgenti tale società debbono essere patrociniate dall'Avvocatura dello Stato, anche per la visione unitaria del contenzioso e del raccordo con le altre funzioni amministrative statali assicurate da questa, in disparte alle economie di spese conseguibili con la difesa erariale in luogo del ricorso alla difesa privata, specie in tempi di *spending review*.

Quanto detto per le società partecipate da Amm.ni statali, vale anche per quelle partecipate da enti ammessi al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato *ex art. 43 R.D. 30 ottobre 1933 n.1611 (9)*.

Sicché, ad esempio ove l'ANAS s.p.a. (ammessa al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato *ex art. 7 comma 11 D.L. 8 luglio 2002 n.138, conv. L. 8 agosto 2002 n. 178*) o l'ISTAT (ammessa al detto patrocinio *ex art. 15 comma 5 D. L.vo 6 settembre 1989 n. 322*) siano azionisti di una società commerciale anche per quest'ultima varrà il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

---

(9) Il quale nei primi tre commi così dispone:

*"L'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti le Autorità giudiziarie, i Collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali, di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che sia autorizzata da disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto.*

*Le disposizioni e i provvedimenti anzidetti debbono essere promossi di concerto coi Ministri per la grazia e giustizia e per le finanze.*

*Qualora sia intervenuta l'autorizzazione, di cui al primo comma, la rappresentanza e la difesa nei giudizi indicati nello stesso comma sono assunte dalla Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le regioni".*

**Tribunale di Napoli, VII sez. civ., decreto 9 gennaio 2014 - N.R.R. Fall. 1097/13 - Pres. Di Nosse, Rel. Grimaldi.**

(...)

Letto il ricorso presentato da N.E.S. S.r.l., tendente ad ottenere la dichiarazione di fallimento di E.A.V. S.r.l.;

udita la relazione del giudice delegato all'istruttoria;

letta la comparsa di costituzione della società resistente, nonché l'atto di intervento della Regione Campania e del Commissario *ad acta*;

OSSERVA

Preliminare è l'indagine sulla ricorrenza del presupposto di cui all'art. 1 L. Fall. per poter far luogo alla dichiarazione di fallimento, ossia che la società resistente sia un imprenditore commerciale privato.

Invero, l'art. 1 cit. esclude dall'area della fallibilità gli enti pubblici.

Nel caso che ci occupa, dubbi sull'assoggettabilità dell'E.A.V. alle disposizioni sul fallimento nascono dalla considerazione della circostanza che trattasi di società che gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, integralmente partecipata dalla Regione Campania, che detiene il 100% del capitale sociale.

Ebbene - pur nella consapevolezza dell'orientamento giurisprudenziale, seguito anche dalla Corte d'Appello napoletana ed avallato di recente dalla Suprema Corte, che ritiene decisivo, ai fini dell'individuazione dei soggetti fallibili, il rilievo del tipo sociale attraverso cui è esercitata l'attività, e dunque sicuramente fallibile una società, pur integralmente partecipata da ente pubblico e costituita per la prestazione esclusiva di un servizio pubblico, c.d. *in house providing*, che però rivesta le forme delle società regolate dal codice civile - questo Collegio ritiene di poter porre in discussione tale tesi prendendo le mosse dal recentissimo intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che si è occupata del tema, pur se a diversi fini. Sono ormai ben delineati nell'ordinamento, come ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza e, del resto, autorevolmente dalle stesse SS.UU. (cfr. sent. n. 26283 del 25 novembre 2013), i connotati qualificanti della società *in house*, costituita per finalità di gestione di pubblici servizi, che si individuano nei seguenti requisiti: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività esclusivamente o quanto meno in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici, presupposti che, per poter parlare di società *in house*, è necessario sussistano tutti contemporaneamente e che trovino tutti il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale.

In ordine al primo requisito, la Suprema Corte ha avuto modo di ricordare come già la giurisprudenza europea abbia ammesso la possibilità che il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, purché si tratti pur sempre di enti pubblici (cfr. Corte di giustizia, sent. 10 settembre 2009, n. 573/07; 13 novembre 2008, n. 324/07), come del resto ritenuto anche dal Consiglio di Stato (cfr. sent. n. 7092/10; n. 8970/09), e che è necessario che lo statuto dell'ente inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari.

Il requisito della prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società postula che l'impresa sia preposta in via principale alla prestazione di un servizio d'interesse economico generale e che l'attività accessoria eventualmente esercitata non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi.

Infine, il requisito del c.d. controllo analogo, sussiste qualora l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica, e dunque la società sia soggetta ad un regime di gestione del tutto corrispondente a quello che l'ente partecipante esercita sulle proprie articolazioni interne. È chiaro, dunque, che non si allude all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria o totalitaria e di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società, e, di riflesso, sulle scelte degli organi sociali, sulla scorta dell'esercizio degli ordinari diritti e facoltà di socio, in base alle norme del codice civile, ma di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente, fino al punto che all'organo amministrativo della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale.

Partendo, dunque, da tale premesse, del tutto condivisibilmente le SS.UU. evidenziano la difficile conciliabilità del fenomeno delle società *in house providing* con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, per lo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, attesa la completa assenza da parte di tali società di un potere decisionale loro proprio, in conseguenza del totale assoggettamento degli organi sociali al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare delle partecipazioni sociali.

Pertanto, il Supremo Collegio ha concluso nel senso che "La società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.); di talché <<l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa>> (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.). Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società e dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva. L'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare" (cfr. SS.UU. cit., in motivazione).

La conseguenza di tale impostazione è che se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità.

Ebbene, anche se le SS.UU. hanno effettuato tale ricostruzione del fenomeno dell'*in house providing* ai fini del riparto di giurisdizione in merito all'azione di responsabilità degli organi di gestione e controllo, ritiene questo Collegio che analoghe conclusioni siano da prendere anche relativamente alla questione dell'assoggettabilità della società *in house* alla disciplina del fallimento.

Infatti, se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società *in house* integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuri-

dico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni.

Ebbene, è questa la conclusione cui si giunge nel caso di specie.

Invero, ai sensi dell'art. 6 dello Statuto della E.A.V. acquisito in atti, ricorre il primo requisito per la individuazione di una società *in house*, ossia l'integrale partecipazione pubblica al capitale, essendo statutariamente previsto che le quote della società possono essere trasferite solo a soggetti pubblici, su delibera della Giunta Regionale previo parere della commissione consiliare permanente, dunque con l'esclusione della possibilità di partecipazione di soci privati. Ricorre, inoltre, il c.d. controllo analogo da parte della Regione Campania, espressamente menzionato nell'art. 8 *bis*, il quale specificamente contempla l'esercizio da parte della regione di un controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, riservando espressamente - tra gli altri - all'assemblea dei soci l'approvazione, entro il 15 dicembre dell'anno precedente, di un Piano di Programma annuale, cui l'Organo amministrativo dovrà attenersi e dare esecuzione, che definisce le attività, gli obiettivi annuali, le eventuali modifiche dell'assetto organizzativo della società, i costi e ricavi dell'esercizio.

Pertanto, lo statuto pone l'organo amministrativo in una situazione di dipendenza assoluta dall'assemblea e, dunque, dal socio pubblico che la compone, il quale ne determina annualmente l'attività, gli obiettivi, i costi e ricavi della gestione, diretta all'esercizio del servizio pubblico. Infine, quanto all'attività esercitata, è incontrovertito che la E.A.V. gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, dunque chiaramente l'attività della stessa è prevalentemente destinata in favore dell'ente partecipante, titolare del pubblico servizio.

Pertanto, alla luce dei suesposti principi, la E.A.V. si configura come una società *in house* della Regione Campania, costituita per la gestione del pubblico servizio di trasporto locale, del tutto dipendente dall'ente regionale, titolare del 100% del capitale e che ne determina statutariamente gli obiettivi e l'attività.

Del resto, la stessa normativa di settore conferma l'identificazione della società resistente come un mero organismo regionale per la gestione del servizio pubblico.

Infatti, con il D.L. n. 83 del 22.6.2012, convertito il L. n. 134/2012, è stata prevista una particolare procedura per il rientro dal disavanzo delle società partecipate dalla regione Campania che gestiscono il trasporto regionale, con la nomina di un Commissario *ad acta*, cui è demandata una ricognizione dei debiti e dei crediti e l'elaborazione di un piano di rientro dal disavanzo accertato ed un piano dei pagamenti, alimentato da risorse regionali disponibili in bilancio e da altre entrate, da sottoporre all'approvazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero dell'Economia e delle Finanze (art. 16, co. 5), a completamento di tale procedura e per assicurare lo svolgimento della stessa, nonché l'efficienza e continuità del servizio di trasporto, lo stesso decreto ha previsto il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive, anche concorsuali, nei confronti delle società a partecipazione regionale esercenti il trasporto ferroviario regionale, per un periodo di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto citato (co. 7), prorogato dapprima al 31.12.2013 dalla L. n. 228 del 24.3.2012, e poi al 31.12.2014, dal D.L. 30 dicembre 2013, n. 151.

Ebbene, tale normativa speciale conferma l'equiparazione della società *in house* all'ente pubblico partecipante, ai fini dell'esenzione dal fallimento, ai sensi dell'art. 1 se è vero - come chiarito dalle SS.UU. - che non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, per cui viene meno anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società, argomento su cui, invece, si fon-

dava la pregressa giurisprudenza, anche di legittimità, che, invece, ne riteneva la fallibilità, proprio in quanto soggetto giuridico distinto dal socio pubblico (cfr. da ultimo Cass. civ., n. 22209/2013; n. 21991/2012).

Ciò è confermato, nel caso che ci occupa, in particolar modo dalla previsione della destinazione di risorse regionali o comunque da determinare da parte dei Ministeri delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Economia, al ripianamento del *deficit* accertato, dunque dell'obbligo, sancito da legge, del socio pubblico di provvedere al pagamento delle obbligazioni contratte dall'organismo per il tramite del quale ha gestito il servizio di interesse generale.

È questa, del resto, l'unica interpretazione possibile della normativa speciale richiamata, per la quale altrimenti si porrebbero chiari dubbi di legittimità costituzionale, specie nella parte in cui è stato disposto il perdurare della sottrazione dell'ente alle esecuzioni, anche concorsuali, che se può giustificarsi nell'ottica dell'urgenza e, dunque, per tempi limitati, si porrebbe in contrasto con gli interessi dei privati che hanno contratto con l'ente medesimo, parimenti meritevoli di tutela, anche costituzionalmente riconosciuta (cfr. Corte Cost. n. 186 del 12.7.2013). Pertanto, deve concludersi che la E.A.V., quale società *in house* della regione Campania, costituita per la gestione del pubblico servizio di trasporto locale e, dunque, quale mero organismo dell'ente pubblico, che ne determina attività ed obiettivi, escludendo la possibilità di partecipazione di soci privati, non è soggetta alle disposizioni sul fallimento, ai sensi dell'art. 1 L.Fall.

P. Q. M.

Rigetta il ricorso.

Così deciso in Napoli, li 9.1.2014