

Civile Ord. Sez. U Num. 22406 Anno 2018

Presidente: AMOROSO GIOVANNI

Relatore: CAMPANILE PIETRO

Data pubblicazione: 13/08/2018

ORDINANZA

C.C. 7.11.2017

sul ricorso iscritto al n. 24033/2016 R.G. per regolamento preventivo di giurisdizione proposto da:

GALIOTO VINCENZO

elettivamente domiciliato in Roma, via Bisagno, n. 14, presso lo studio dell'avv. Guido Corso, che lo rappresenta e difende unitamente agli avv.ti Fabrizio Guerrera e Ignazio Scardina

- ricorrente -

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



699
~~17~~

contro

BARBASSO GATTUSO PAOLA

rappresentata e difeso dall'avv. Barbara Caprì, con domicilio eletto in Roma, viale delle Milizie, n. 9, presso la studio dell'avv. Claudia Odo-
risio

- *controricorrente* -

contro

FALLIMENTO AMIA S.P.A.

rappresentato e difeso dall'avv. Guido Bonfante, con domicilio eletto in Roma, via XX Settembre, n. 3, presso la studio dell'avv. Donatella Rossi

- *controricorrente* -

contro

GARGANO VINCENZO

rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Gjomarkaj, con domicilio eletto in Roma presso la Cancelleria della Corte di Cassazione

- *controricorrente* -

contro

SEGRETO MARIA

rappresentata e difesa dall'avv. Giancarlo Greco, con domicilio eletto in Roma, viale Santa Teresa, n. 23, presso la studio dell'avv. Paolo Grimaldi

- *controricorrente* -

e nei confronti di

COMUNE DI PALERMO

CANZONERI ANGELO

ARCUDI FRANCESCO



MENDOLA GAETANO
GARGANO VINCENZO
COLIMBERTI ORAZIO
COSTANZA GIUSEPPE
GIUFFRE' ANTONIO
TRIOLO ELIDE GIOVANNA
TRIOLO VITO
NAPOLI DOMENICO
ACE EUROPEAN GROUP LTD
GARRAFFA GOFFREDO

- intimati -

in relazione al procedimento pendente davanti al Tribunale di Palermo, R.G. n. 8653/2012;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 7 novembre 2017 dal Consigliere dott. Pietro Campanile;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Luigi Salvato, il quale ha chiesto dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

FATTI DI CAUSA

1. Nel procedimento pendente davanti al Tribunale di Palermo - sezione specializzata in materia di impresa, concernente l'azione proposta dai commissari straordinari della S.p.a. AMIA, ai sensi degli artt. 2392, 2393, 2394, 2485, 2486, 2497, 2394 bis, 2396, 2047 e 2043

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



cod. civ e dell'art. 146 L. F. nei confronti degli amministratori, dei sindaci, del direttore generale e del revisore dei conti della società stessa, nonché del Comune di Palermo, Vincenzo Galioto ha proposto ricorso per regolamento di giurisdizione, affidato ad unico e articolato motivo, cui resistono con controricorso il Fallimento di AMIA S.p.a. e, sostanzialmente aderendo alle prospettazioni del ricorrente, Paola Barbasso Gattuso, Vincenzo Gargano e Maria Segreto.

2. Il ricorso è stato avviato alla trattazione in camera di consiglio sulla base delle conclusioni scritte del Pubblico Ministero, il quale ha concluso per l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

3. Il ricorrente, il Fallimento AMIA e la Gattuso hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorrente, premesso che l'oggetto sociale della S.p.a. AMIA consisteva nella gestione del ciclo integrato dei rifiuti solidi urbani e nell'esecuzione dei lavori stradali nell'abitato, ha richiamato le norme statutarie, risultanti dalle modifiche apportate con delibera del 21 dicembre 2006, in virtù delle quali il Comune di Palermo, unico socio, che avrebbe potuto cedere una aliquota ad altre istituzioni pubbliche al fine di <<rendere possibile l'affidamento *in house* su un territorio più vasto di quello comunale>> (circostanza, per altro, mai verificatasi), esercitava nella società << un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi >>. Rilevato che in base allo statuto precedentemente in vigore - che prevedeva l'astratta possibilità di una partecipazione privata, in via minoritaria, al capitale della società - la società AMIA, in assenza dell'effettiva partecipazione privata al capitale, dovesse considerarsi *in house* anche in relazione al periodo anteriore alle modifiche apportate con la richiamata delibera dell'anno 2006, il

ricorrente afferma che l'accertamento della responsabilità degli amministratori e degli altri soggetti chiamati in giudizio sarebbe interamente devoluto alla giurisdizione della Corte dei Conti.

2. Il Fallimento della S.p.a. AMIA ha contestato la fondatezza del ricorso, principalmente eccependo l'insussistenza, sulla base di specifiche previsioni statutarie, con particolare riferimento alla possibilità della cessione a privati di partecipazioni societarie, dei presupposti per la qualificazione della società fallita come *in house*. Ha poi osservato che in ogni caso l'intervenuta declaratoria del fallimento non potrebbe non comportare l'applicabilità dell'art. 146 L.F., ponendo in evidenza la possibilità di un concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, operanti, salve le esigenze di coordinamento, in ambiti distinti e intese alla tutela di interessi ben differenziati.

2.1. Hanno altresì depositato controricorso Paola Barbasso Gattuso, Vincenzo Gargano e Maria Segreto, sostanzialmente aderendo alle prospettazioni de lricorrente.

2.2. Il ricorso è stato avviato alla trattazione in camera di consiglio sulla base delle conclusioni scritte del Pubblico Ministero, il quale ha concluso per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

3. Deve essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario.

4. Vale bene prendere le mosse dalla nota decisione n. 26806 del 19 dicembre 2009, con la quale queste Sezioni unite affermarono che, salve le ipotesi riguardanti determinate società soggette per legge a una disciplina speciale, spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto ri-

1

guardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Venne altresì precisato che sussiste la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio. Con riferimento alle ipotesi in cui era configurabile un danno erariale, veniva comunque ribadita la concorrente giurisdizione del giudice ordinario, stante la compatibilità dell'azione erariale con le azioni previste dagli artt. 2395 e 2476, comma 6, cod. civ..

5. Tale orientamento veniva confermato nella quasi totalità delle pronunce successive, tanto ai fini dell'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario (Cass., Sez. U, 5 luglio 2011, n. 14655; Cass., Sez. U, 7 luglio 2011, n. 14957; Cass., Sez. U, 12 ottobre 2011, n. 20941; Cass., Sez. U, 9 marzo 2012, n. 3692; Cass., 5 aprile 2013, n. 8352), quanto in relazione a determinate società soggette per legge a una disciplina speciale, tale da farle considerare veri e propri enti pubblici, soggetti al controllo della Corte dei conti (Cass., Sez. U, 22 dicembre 2009, n. 27092; Cass., Sez. U, 3 marzo 2010, n. 5032, in tema di danno cagionato, rispettivamente, alle società Rai ed Enav).



6. Questa Corte, occupandosi per la prima volta della questione relativa all'ipotesi in cui l'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso la Corte dei conti sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società "in house", precisato che per essa deve intendersi << quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente i medesimi enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici >>, ha affermato la giurisdizione della Corte dei conti, ponendo in evidenza, fra l'altro, la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale. Al di là degli aspetti di natura formale, le società *in house* – quanto meno ai fini del riparto di giurisdizione – costituiscono delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano: l'impossibilità di configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico e la società *in house* si riflette anche sulla qualificazione del patrimonio, da intendersi in termini di mera separazione e non di distinta titolarità, con conseguente affermazione della natura erariale del danno cagionato dagli atti illegittimi dei suoi amministratori (Cass., Sez. U, 25 novembre 2013, n. 26283).

7. Nell'ambito di tale orientamento, al quale la giurisprudenza successiva si è sostanzialmente uniformata (Cass., Sez. U, 2 dicembre 2013, n. 26936; Cass., Sez. U, 10 marzo 2014, n. 5491; Cass., Sez. U, 26 marzo 2014, n. 7177, in cui si pone in evidenza la necessità di considerare le previsioni statutarie vigenti al momento in cui sia stata posta in essere la condotta illecita contestata, senza tener conto delle successive variazioni), queste Sezioni Unite, anche alla luce di ta-



lune decisioni della Corte dei conti e della posizione critica assunta da una parte della dottrina, hanno poi effettuato importanti precisazioni, soprattutto approfondendo il tema della riferibilità degli atti compiuti dall'ente pubblico *uti socius*, non derivanti dall'esercizio di poteri di natura pubblicistica. Si è quindi affermato che << in tema di società partecipata da un ente locale, pur quando costituita secondo il modello del cd. "in house providing", le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci, ai sensi dell'art. 2449 cod. civ., spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, non di quello amministrativo, perché investono atti compiuti dall'ente pubblico "uti socius", non "jure imperii", e posti in essere "a valle" della scelta di fondo per l'impiego del modello societario, ogni dubbio essendo stato sciolto a favore della giurisdizione ordinaria dalla clausola ermeneutica generale, in senso privatistico, prevista dall'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 135 del 2012, oltre che dal principio successivamente stabilito dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016 (nella specie, peraltro, inapplicabile "ratione temporis"), a tenore del quale, per tutto quanto non derogato dalle relative disposizioni, le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme sulle società contenute nel codice civile >> (Cass., 1° dicembre 2016, n. 24591; Cass., Sez. U, 27 marzo 2017, n. 7759). In particolare, l'individuazione della portata della citata pronuncia n. 26283 del 2016, i cui principi sono stati in linea generale ribaditi, è stata effettuata sulla base della consequenzialità della scelta del paradigma privatistico, ragion per cui si ritenuto << del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato>>.

8. Particolare rilievo, sia in generale, sia ai fini del presente regolamento, assume una recente decisione della prima sezione civile di



questa Corte, con la quale si è affermato : << In tema di società partecipate dagli enti locali, 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, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la 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. Del resto, da un lato, l'art. 1 l. fall. esclude dall'area della concorsualità gli enti pubblici e non anche le società pubbliche, per le quali trovano applicazione le norme del codice civile (art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 135 del 2012, e, quindi, art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016), nonché quelle sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (art. 14 d.lgs. n. 175 del 2016); dall'altro, vanno respinte le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 4 della l. n. 70 del 1975, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo >> (Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196).

9. La decisione in merito al regolamento in esame va inquadrata nell'ambito del filone interpretativo sopra richiamato. Vale bene premettere, a questo punto, che – per evidenti ragioni – deve considerarsi assorbita la questione, pure prospettata dal ricorrente, della qualificazione della società come *in house* anche in relazione al periodo anteriore – nel quale si prevedeva la partecipazione di capitale privato – alle modifiche statutarie introdotte con il verbale in data 21 dicembre 2006.



10. Come perspicuamente evidenziato nelle conclusioni scritte del Procuratore Generale della Repubblica, la giurisprudenza formatasi in merito al riparto di giurisdizione in tema di azioni di responsabilità proposte nei confronti di soggetti riconducibile a una società *in house providing* riguardava iniziative giudiziarie intraprese dal Procuratore presso la Corte dei conti, mentre nel caso in esame l'azione è stata promossa dalla curatela fallimentare ai sensi degli artt. 2392, 2393, 2394, 2485, 2486, 2497, comma 2, 2394 bis, 2407 e 2043 cod. civ., nonché dell'art. 147 L.F..

11. In una fattispecie analoga (concernente un'azione di responsabilità promossa da una società *in house* non dichiarata fallita), questa Corte, posta la questione << se nel particolare caso di danni cagionati ad una società *in house*, gli specifici argomenti che avevano condotto le sezioni unite ad affermare la giurisdizione della Corte dei conti nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi sociali responsabili di quei danni - implicanti l'inesistenza, almeno a questo fine, di un vero e proprio rapporto di alterità soggettiva tra la società partecipata e l'ente pubblico partecipante - non debbano al tempo stesso portare, sul piano logico, ad escludere la possibilità di una (eventualmente concorrente) giurisdizione del giudice ordinario investito da un'azione sociale di responsabilità per i medesimi fatti >> (Cass., Sez. U, 24 marzo 2015, n. 5648), non poteva procedere al suo esame, per l'assorbente ragione che non risultava che nel periodo in cui sarebbe stata posta in essere la condotta illegittima contestata non risultava che la società potesse considerarsi *in house providing*.

12. A detto quesito il Collegio ritiene di dover rispondere nel senso della possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, in quanto, come già affermato nella richiamata decisione n.



26806 del 2009, laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio (cfr. anche Cass., Sez. U, 7 gennaio 2014, n. 63; Cass., 14 luglio 2015, n. 14632, in cui si sottolinea l'insussistenza della violazione del principio del *ne bis in idem*, stante la tendenziale diversità di oggetto e di funzione fra i due giudizi).

13. Nella vicenda processuale in esame appare evidente l'attribuzione dell'azione esercitata dalla curatela fallimentare alla giurisdizione del giudice ordinario, attesa la natura prettamente civilistica delle norme azionate alle quali la società, per le ragioni indicate, non può sottrarsi. Sotto altro profilo, non può sottrarsi la rilevanza dell'esigenza di tutela degli interessi dei creditori soddisfatti, pretermessa ove si accettasse la tesi prospettata dal ricorrente.

Né può omettersi di rilevare che la proponibilità dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, L. F., che cumula le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 cod. civ. a favore della società e dei creditori sociali, in relazione alle quali assume contenuto inscindibile e connotazione autonoma, quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali (Cass. 29 settembre 2016, n. 19340), costituisce la necessaria conseguenza, come sottolineato dal Procuratore Generale nonché dalla difesa della curatela, del fallimento della società *in house*, ritenuto ammissibile – come già evidenziato – dalla giurisprudenza di questa Corte e nella specie dichiarato con decisione passata in giudicato.

14. Il tema della soggezione delle società partecipate da soggetti pubblici, costituite nelle forme del codice civile nei termini sopra delineati, trova riscontro, ai fini ermeneutici in relazione al periodo ante-

riore alla sua entrata in vigore – ed anche con riferimento alle società *in house providing* – nel d.lgs. 19 agosto 2016, che all’art. 12 espressamente prevede : << I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2 >>. La specifica attribuzione alla giurisdizione della Corte dei conti delle azioni relative al danno erariale lascia chiaramente intendere la configurabilità di un danno non erariale, al cui ristoro, soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori sociali, non è idonea, e pertanto non può avere alcuna efficacia ostativa alle azioni proponibili davanti al giudice ordinario, l’azione concernente la responsabilità contabile.

15. Deve infine rilevarsi che anche in relazione alla domanda proposta nei confronti del solo Comune di Palermo ai sensi dell’art. 2497 cod. civ. deve essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario, sia poiché, come correttamente rilevato dal Procuratore Generale, la subordinazione gerarchica degli amministratori della società *in house* non è inconciliabile con l’alterità della società controllata, sia perché anche in tale ipotesi, come espressamente prevede la norma testé richiamata, la responsabilità è sancita, oltre che nei confronti dei soci, anche dei creditori sociali <<per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società>>.

16. In conclusione, deve affermarsi la giurisdizione del giudice ordinario, davanti al quale vanno rimesse le parti, anche per le spese relative al presente regolamento.

P. Q. M.

Dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, al quale rimette anche le spese del presente regolamento.

Così deciso in Roma, il 7 novembre 2017.