

Civile Ord. Sez. U Num. 10019 Anno 2019

Presidente: PETITTI STEFANO

Relatore: VINCENTI ENZO

Data pubblicazione: 10/04/2019

ORDINANZA

sul ricorso 5585-2018 proposto da:

BARCELLONA GUIDO, COTTONE SALVATORE, PASSAGLIA LUIGI,
MATTEI PIERO, PRIMAVERA MASSIMO, elettivamente domiciliati in
ROMA, VIA FEDERICO CESI 72, presso lo studio dell'avvocato
DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, che li rappresenta e difende
unitamente agli avvocati ALBERTO STAGNO D'ALCONTRES e
VALENTINA PIAZZA;

- ricorrenti -

contro

122
/ 19

Y

FALLIMENTO DI GE.S.I.P. PALERMO S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, in persona dei curatori *pro tempore*, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MICHELE MERCATI 42, presso lo studio dell'avvocato CARLO ROTILI, rappresentato e difeso dall'avvocato MICHELE PERRINO;

- controricorrente -

contro

MUNAFÒ MANUELA, nella qualità di erede di Bucca Nunziata, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FEDERICO CESI 72, presso lo studio dell'avvocato DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati ALBERTO STAGNO D'ALCONTRES e VALENTINA PIAZZA;

- resistente -

IOZZI CLAUDIO, elettivamente domiciliato in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato CARMELO RESTIVO;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

nonchè contro

AIG EUROPE LIMITED RAPPRESENTANZA GENERALE PER L'ITALIA, RESET S.C.P.A. - RETE SERVIZI TERRITORIALI PALERMO, CATALANO CARLO, UNIPOL SAI ASSICURAZIONI S.P.A., ASSICURATORI DEI LLOYDS, COMUNE DI PALERMO, LA BIANCA GIOVANNI, MUNAFÒ ILENIA E MUNAFÒ MARIO SALVINO nella qualità di eredi di Bucca Nunziata;

- intimati -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 6816/2017 del TRIBUNALE di PALERMO.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 26/02/2019 dal Consigliere ENZO VINCENTI;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale RITA SANLORENZO, il quale chiede respingersi il ricorso per regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. e dichiararsi la giurisdizione del Giudice ordinario.

RITENUTO CHE

1. - Il Fallimento G.E.S.I.P. Palermo S.p.A. (di seguito anche Gesip), con atto di citazione del 6 aprile 2017, ha convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Palermo-sezione specializzata delle imprese, Piero Mattei, Massimo Primavera e Giovanni La Bianca, in qualità di ex liquidatori della Gesip, nonché Guido Barcellona, Salvatore Cottone, Luigi Passaglia, Claudio Iozzi, Nunziata Bucca – e, per quest'ultima, deceduta nel settembre 2016, i suoi eredi Mario Salvino Munafò, Manuela Munafò, Jlenia Munafò -, in qualità di ex sindaci della medesima società, per sentirli condannare in solido tra loro (e con il Comune di Palermo), ai sensi dell'art. 146, comma 2, lett. a), l.fall., al pagamento dell'importo di euro 29.004.399,00, quale risarcimento delle perdite subite dalla Gesip e del danno patito dai suoi creditori sociali nel periodo compreso tra l'esercizio dell'anno 2009 sino alla cessazione dell'attività societaria, avvenuta nel settembre 2012, cagionate dalle condotte negligenti e contrarie ai doveri professionali imputabili *ratione temporis* a ciascuno dei convenuti.

1.1. - Con il medesimo atto di citazione il Fallimento Gesip conveniva in giudizio anche il Comune di Palermo, in qualità di socio unico ed ente esercente l'attività di direzione e coordinamento della Gesip S.p.A., per sentirlo condannare, ai sensi degli artt. 2497 c.c., 43 e 146 l.fall. e in solido con gli altri convenuti, al risarcimento del danno cagionato alla medesima Gesip ed ai suoi creditori sociali per la violazione degli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriali, da liquidarsi in complessivi euro 40.537.017,00

1.3. - A sostegno delle domande il Fallimento Gesip deduceva che: 1) la G.E.S.I.P. Palermo S.p.A. era stata costituita il 21 novembre 2001, dai soci Italia Lavoro S.p.A. al 49% e Comune di Palermo al 51%, il quale ultimo, in data 15 febbraio 2007, aveva acquistato l'intero pacchetto azionario ed era divenuto socio unico; 2) l'oggetto sociale della Gesip consisteva nell'erogazione, in favore dello stesso Comune, di servizi strumentali di pulizia, manutenzione, custodia e gestione di impianti in base ad apposite convenzioni; 3) la prima convenzione era stata stipulata nel novembre 2001, poi modificata ed integrata da convenzioni aggiuntive, mentre l'ultima convenzione era stata stipulata nel marzo 2007, alla scadenza della quale il Comune aveva rinnovato l'affidamento dei servizi attraverso reiterati, ma estemporanei provvedimenti, quale situazione protrattasi sino alla cessazione dell'attività della Gesip, nel settembre 2012; 4) che, quantomeno dall'esercizio 2009, la Gesip si era trovata ad operare "in una situazione di gravissimo squilibrio finanziario", che avrebbe dovuto indurre gli organi sociali, nonché il Comune di Palermo, socio unico esercente attività di direzione e coordinamento, ad attivarsi diligentemente con gli opportuni provvedimenti, al fine di preservare l'integrità e il valore del patrimonio sociale; 5) la condotta negligente e contraria ai doveri normativamente imposti, tenuta da amministratori, liquidatori, sindaci e dal socio unico, aveva, invece, cagionato il danno alla società ed ai creditori sociali, del quale la curatela del fallimento, nelle more dichiarato, chiedeva il risarcimento.

1.4. - Instauratosi il contraddittorio (anche con la chiamata in causa degli Assicuratori Lloyd's, Unipolsai Assicurazioni S.p.A., Carlo Catalano, Rete Servizi Territoriali Palermo S.C.p.A., AIG Europe Limited) gli anzidetti convenuti (ad eccezione degli eredi Bucca, rimasti contumaci) eccepivano, tra l'altro, il difetto di giurisdizione del giudice adito in favore della giurisdizione della Corte dei conti.

2. - I convenuti Mattei, Primavera, Barcellona, Cottone e Passaglia hanno proposto, quindi, ai sensi dell'art. 41 c.p.c., regolamento preventivo di giurisdizione con ricorso notificato nelle date 6/20 febbraio 2018.

Resistono con controricorso il Fallimento di G.E.S.I.P. Palermo S.p.A. in liquidazione, nonché Claudio Iozzi, che ha proposto anche ricorso incidentale adesivo al ricorso principale.

Non hanno svolto attività difensiva in questa sede gli intimati Giovanni La Bianca, Comune di Palermo, Assicuratori dei Lloyds, Unipolsai Assicurazioni S.p.A., Carlo Catalano, Reset s.c.p.a., AIG Europe Limited rappresentanza generale per l'Italia, Mario Savino Munafò, Manuela Munafò, quest'ultimi due quali eredi di Nunziata Bucca.

Manuela Munafò, anch'essa quale erede di Nunziata Bucca, ha depositato, in data 21 febbraio 2018, atto denominato "memoria di costituzione".

Il regolamento di giurisdizione è stato avviato alla trattazione camerale sulla base delle conclusioni scritte del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 380-ter cod. proc. civ., con cui si chiede dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

In prossimità dell'adunanza in camera di consiglio hanno depositato memoria i ricorrenti principali e il ricorrente incidentale.

CONSIDERATO CHE

1. - Preliminarmente, va rilevata l'inammissibilità della "memoria di costituzione" depositata da Manuela Munafò ampiamente oltre i termini di cui all'art. 370 c.p.c. e non notificata ai ricorrenti, così da non potersi qualificare come controricorso (seppur inammissibile poiché tardivo), in quanto non è sufficiente il mero deposito presso la Corte perché l'atto possa svolgere la sua funzione di strumento di attivazione del contraddittorio rispetto alla parte ricorrente, la quale, solo avendone acquisito legale conoscenza, è in

condizioni di presentare le sue osservazioni nelle forme previste dall'art. 378 c.p.c. (Cass., 9 settembre 2008, n. 22928; Cass., 5 dicembre 2014, n. 25735).

Di qui, l'ulteriore conseguenza che la procura speciale rilasciata in calce alla memoria non è valida, dovendosi ritenere priva di efficacia l'autenticazione del difensore, il cui potere certificativo è limitato agli atti specificamente indicati nell'art. 83, terzo comma, c.p.c. (e l'anzidetta memoria neppure può ascriversi al tipo "di nomina di nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente nominato", costituendo il primo atto depositato dalla parte intimata).

2. - Tutti i ricorrenti (principali e incidentale) sostengono, con ampie argomentazioni, che la giurisdizione sulla controversia introdotta dinanzi al Tribunale di Palermo, sezione specializzata delle imprese, appartenga alla Corte dei conti.

Ciò in quanto la Gesip S.p.A. (in ragione dei contenuti del relativo statuto, come modificato a seguito della concentrazione del pacchetto azionario in capo al Comune di Palermo) è da ricondursi allo schema normativo delle società *in house* ed essendo, quindi, la responsabilità dei componenti dei suoi organi di amministrazione e controllo, sia per orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, sia per effetto della previsione normativa di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016 (da reputarsi coerente con detto orientamento), oggetto di cognizione riservata al giudice contabile, anche per ciò che concerne il danno, anch'esso erariale (in quanto pur sempre investente un patrimonio che costituisce una "mera articolazione" del patrimonio dell'ente pubblico controllante), ai creditori sociali, dovendosi concentrare dinanzi al giudice della Corte dei conti (ex art. 3 del d.lgs. n. 174 del 2016: c.g.c.) tutte le azioni intentate dal curatore ai sensi dell'art. 146 l.fall. (potendo quest'ultimo anche intervenire nel giudizio di responsabilità contabile

ai sensi dell'art. 85 c.g.c.), senza che si configuri un pregiudizio per i creditori anzidetti (là dove, peraltro, non si voglia ritenere di natura surrogatoria l'azione a tutela di questi ultimi), che beneficerebbero in ogni caso della condanna risarcitoria pronunciata in favore della società *in house*.

3. - I ricorsi non sono fondati, dovendosi dichiarare, nella controversia promossa dal Fallimento G.E.S.I.P. Palermo S.p.A., la giurisdizione del giudice ordinario, in continuità con il precedente di cui a Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22406, che ha enunciato il seguente principio di diritto: "L'azione di responsabilità esercitata, ex art. 146, comma 2, l. fall., dal curatore del fallimento di una società cd. *in house* nei confronti degli amministratori, dei componenti degli organi di controllo e del direttore generale della stessa, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, e non al giudice contabile, in conseguenza della scelta del paradigma privatistico, che comporta, in mancanza di specifiche disposizioni in contrario o di ragioni ostative di sistema, l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato".

Il che rende irrilevante - come anche evidenziato nelle conclusioni scritte del Procuratore Generale della Repubblica - l'esame della questione sulla natura giuridica della Gesip *in bonis*, ossia se effettivamente rivestente quella di società *in house*.

4. - Come evidenziato dal richiamato precedente di questa Corte, la giurisprudenza che si era consolidata sul 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 è diverso il caso in cui l'azione è promossa dalla curatela fallimentare ai sensi degli artt. 146 l. fall. e 2947, secondo comma, c.c., che dà luogo, invece, al concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, in quanto, "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”.

L’attribuzione dell’azione esercitata dalla curatela fallimentare alla giurisdizione del giudice ordinario si giustifica per la natura prettamente civilistica delle norme azionate alle quali la società non può sottrarsi.

A ciò si aggiunge il particolare rilievo che assume l’esigenza di tutela degli interessi dei creditori soddisfatti, “pretermessa ove si accettasse la tesi prospettata dal ricorrente”.

Va, altresì, considerato 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 ... del fallimento della società *in house*”, ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196; più di recente anche Cass., 22 febbraio 2019, n. 5346).

Inoltre, «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 anteriore 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

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

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».

Occorre, poi, porre in rilievo che anche in relazione alla domanda proposta nei confronti del Comune di Palermo ai sensi dell'art. 2497 c.c. deve essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario, sia perché «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"».

5. - In linea con Cass., S.U., n. 22406/2018 (sulla cui portata si misura soltanto la memoria depositata dal ricorrente incidentale), è da ritenere, dunque, che la responsabilità contabile non possa essere paralizzante dell'attuazione della tutela dei creditori sociali, così da optare per una soluzione interpretativa che verrebbe a determinare conseguenze di dubbia tenuta costituzionale.

Inoltre, non è dato neppure valorizzabile il principio di concentrazione delle tutele di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 174 del 2016 (su cui si sofferma anche l'anzidetta memoria), poiché, a prescindere da problemi di ordine processuale, è anche da escludere la possibilità di una pronuncia di condanna da parte della Corte dei conti in favore

della società *in house* anziché dell'ente socio, così da offrire tutela ai creditori. Sebbene effettivamente sussista l'esigenza di evitare una duplicazione dei risarcimenti, ciò tuttavia involge questioni applicative che non incidono sulla configurabilità della giurisdizione del giudice ordinario sull'azione in esame.

La concorrenza di differenti discipline comporta che la società a partecipazione pubblica (anche quando *in house*) è assoggettabile alle regole concernenti i soggetti pubblici là dove ciò è stabilito ed assume rilievo preminente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti; essa resta invece assoggettata nel resto alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento.

In coerenza con tale configurazione, l'intento dell'indirizzo inaugurato da Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283 è stato soltanto quello di preservare l'erario dalla *mala gestio* degli organi sociali delle società "strumento" della P.A., in un'ottica di rafforzamento della responsabilità che ne investe gli organi, come poi recepito dal legislatore del 2016, non di dimidiazione o, addirittura, negazione della tutela dei creditori sociali, entrati in relazione con la società facendo affidamento sulla natura privata del soggetto, nella consapevolezza dell'esistenza di deroghe del regime ordinario limitatamente a quelle espressamente previste.

6. - Infine - come in precedenza rilevato (dalla citata Cass., S.U., n. 22406/2018) e ribadito, in linea di principio, da Cass., S.U., 19 febbraio 2019, n. 4883 -, non può trascurarsi l'aporia che connota la tesi delle parti ricorrenti nel supporre il difetto di giurisdizione del giudice ordinario adito pure quando la giurisdizione della Corte dei conti non sia stata radicata, quando il Procuratore contabile non abbia (o non abbia ancora) esercitato l'azione erariale, essendo il Pubblico Ministero contabile l'unico soggetto legittimato ad esercitarla, "sulla base di specifica e concreta notizia di danno", come previsto dall'artt.

51 del d.lgs. n. 174 del 2016, non rientrando i giudizi di responsabilità amministrativa tra i "giudizi ad istanza di parte".

E tale conclusione risulta coerente con principio per cui è riservata alla discrezionalità del legislatore ordinario la puntuale definizione del limite funzionale delle attribuzioni della Corte dei conti e della sua giurisdizione, la quale non opera automaticamente in base al disposto costituzionale, anche in relazione alle diverse fattispecie di responsabilità amministrativa, non essendo la Corte dei conti "il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici" (Corte cost., sentenze n. 355 del 2010, n. 46 del 2008, n. 641 del 1987).

7. - E', quindi, dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

Sussistono le condizioni di legge per disporre la compensazione per intero tra tutte le parti delle spese del presente giudizio.

PER QUESTI MOTIVI

dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e compensa interamente le spese del presente giudizio tra tutte le parti.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezioni Unite Civili della Corte suprema di Cassazione, il 26 febbraio 2019.

Il Presidente

