

Civile Ord. Sez. 1 Num. 7397 Anno 2020

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: TERRUSI FRANCESCO

Data pubblicazione: 17/03/2020

sul ricorso 4749/2015 proposto da:

Invitalia - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.a., già Sviluppo Italia S.p.a. in qualità di mandataria e capogruppo dell'A.T.I. costituita con la Gruppo Moccia s.r.l. e la Arthur Andersen Mba s.r.l., ora Deloitte Consulting s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Michele Mercati n.51, presso lo studio dell'avvocato Briguglio Antonio, che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Regione Molise, in persona del Presidente pro tempore, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi n.12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che la rappresenta e difende ope legis;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 363/2013 della CORTE D'APPELLO di CAMPOBASSO, depositata il 31/12/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 28/01/2020 dal cons. TERRUSI FRANCESCO.

Lette le conclusioni scritte del P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale PATRONE IGNAZIO che ha chiesto che la Corte voglia disporre la rimessione del ricorso alla pubblica udienza.

Rilevato che:

il 25-2-2000 la regione Molise stipulò con la IG s.p.a. (società a capitale pubblico), quale mandataria dell'A.t.i. costituita tra essa e le società Gruppo Moccia e Arthur Adersen Mba, un contratto di affidamento del servizio di realizzazione di un programma di marketing territoriale per l'attrazione di investimenti produttivi;

la IG s.p.a. fu poi incorporata (il 30-5-2000) da Sviluppo Italia s.p.a., a seguito dell'istituzione di questa ex d.lgs. n. 1 del 1999;

all'esito dell'ultimazione dei lavori nacque una controversia con la regione a proposito della fattura di saldo, visto che la società reputò tardive, in base al contratto, le determinazioni dell'apposita commissione nominata per la redazione del certificato di regolare esecuzione;

la società chiese, quindi, e ottenne un decreto ingiuntivo per il pagamento del saldo, al quale decreto la regione si oppose;

l'opposizione fu respinta con sentenza del tribunale di Campobasso del 2-10-2007, sul rilievo che in effetti il parere della commissione era intervenuto tardivamente, per cui v'era stata un'accettazione tacita del servizio con conseguente obbligo della regione di pagare il saldo;

la sentenza, impugnata dalla regione, è stata riformata dalla corte d'appello di Campobasso in base alla preliminare considerazione - sollevata d'ufficio e posta al contraddittorio tra le parti - che la domanda proposta (in monitorio) dalla società Sviluppo Italia non era ammissibile; difatti, il contratto era stato stipulato dalla IG s.p.a. e tuttavia, per effetto della fusione per incorporazione, il mandato conferito dalle altre società si era estinto col venir meno della mandataria,

secondo la disposizione dell'art. 1722, n. 4, cod. civ.; dunque la Sviluppo Italia (poi divenuta Invitalia s.p.a. e poi ancora Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a.) non poteva esser ritenuta legittimata ad agire in giudizio, né per conto delle mandanti né in proprio; da questo secondo punto di vista la fusione, pur comportando la successione universale dell'impresa incorporata in quella incorporante, non poteva avere effetto ai fini del trasferimento della qualità di concessionario di un'opera pubblica, in mancanza di un atto negoziale in forma scritta *ad substantiam* con la p.a.; per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. (d'ora in poi, *breviter*, società o ricorrente), articolando quattro motivi, poi illustrati da memoria;

la regione ha replicato con controricorso dell'avvocatura dello Stato.

Considerato che:

I. - col primo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2504-bis cod. civ. e 1 e 3 del d.lgs. n. 1 del 1999, censurando la sentenza per non aver considerato che Sviluppo Italia era stata istituita con legge previdente il subentro automatico nelle funzioni e nei rapporti giuridici facenti capo alle società in essa confluite; e inoltre per non aver fatto corretta applicazione dell'insegnamento delle sezioni unite di questa Corte di cui alla sentenza n. 19638 del 2010, che a proposito dell'art. 2504-bis cod. civ., ritenendo la norma di natura innovativa, ha fatto salva l'ipotesi della esistenza di altre norme dettate da peculiari esigenze settoriali, tali da imporsi - come appunto il d.lgs. n. 1 del 1999 - sugli effetti dell'estinzione dell'ente, onde garantire la continuità dei rapporti giuridici facenti capo all'ente estinto; col secondo motivo la società denuncia anche (sebbene subordinatamente) la violazione o falsa applicazione dell'art. 1722, n. 4, cod. civ., visto che la norma contempla come causa di estinzione del mandato la sola morte della persona fisica; viceversa l'estinzione era nella specie conseguita a un atto volontario, come la fusione, non comportante il venir meno della struttura organizzativa; potendo la società, ancorché estinta, stare in giudizio senza interruzione del processo, il comportamento concludente delle parti dopo la fusione era stato quello di considerare il mandato come transitato all'incorporante; da questo punto di vista la società assume invero erronea la tesi dell'impugnata sentenza circa l'inapplicabilità al caso concreto dell'eccezione prevista dalla

seconda parte dello stesso art. 1722, n. 4, cod. civ., essendo da considerare dimostrato nei fatti che il mandante aveva approvato la sostituzione del mandatario e che la sostituzione era avvenuta in forza di legge;

col terzo mezzo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.P.R. n. 554 del 1999 a proposito dell'affermazione della corte territoriale per cui il potere di rappresentanza, per i lavori pubblici, deve risultare da atto scritto;

infine col quarto mezzo denuncia la violazione e falsa applicazione della l. n. 109 del 1994, art. 35, poiché, anche a prescindere dalle considerazioni spese a proposito dell'effetto successorio *ex lege*, nessuna domanda era stata in verità proposta da Sviluppo Italia in proprio;

II. - il ricorso, i cui motivi possono essere esaminati unitariamente per connessione, è fondato nell'essenziale senso che segue;

III. - secondo la giurisprudenza formatasi dopo l'intervento delle sezioni unite della Corte in tema di fusione, l'art. 2504-bis cod. civ. introdotto dalla riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) ha natura innovativa e non interpretativa e, pertanto, il principio, da esso desumibile, per cui la fusione tra società si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo, non vale per le fusioni (per unione o incorporazione) anteriori all'entrata in vigore della nuova disciplina (1° gennaio 2004);

codeste, pur dando luogo a un fenomeno successorio, si diversificano tuttavia dalla successione *mortis causa*, perché la modificazione dell'organizzazione societaria dipende esclusivamente dalla volontà delle società partecipanti, tanto che - si dice - quella che viene meno non è pregiudicata dalla continuazione di un processo del quale era perfettamente a conoscenza, così come nessun pregiudizio subisce la incorporante (o risultante dalla fusione), che può intervenire nel processo e impugnare la decisione sfavorevole; e difatti non si applica in tal caso neppure la disciplina dell'interruzione di cui agli artt. 299 e seg. cod. proc. civ. (v. Cass. Sez. U n. 19698-10, e molte altre successive conf.);

IV. - in effetti occorre dire che anche nella vigenza della precedente normativa una parte della dottrina sosteneva che la fusione di società consistesse in una reciproca modificazione degli atti costitutivi delle società partecipanti, restando estranea al fenomeno della creazione-estinzione dei soggetti giuridici che vi concorressero; tuttavia codesta tesi non è mai stata accolta dalla

giurisprudenza della Corte, sicché la controversia deve essere risolta in base al principio, dal quale non vi è ragione di discostarsi, secondo cui, nella disciplina vigente prima della riforma del diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il fenomeno della fusione e dell'incorporazione provoca l'estinzione automatica delle società fuse ovvero incorporate, postulando la sussistenza di un nuovo soggetto risultante o incorporante, con la conseguente confusione dei rispettivi patrimoni delle società preesistenti, in guisa di fenomeno di successione universale (cfr. tra i numerosi precedenti Cass. n. 25618-08, Cass. n. 22489-06; e v. pure Cass. n. 19847-10);

V. - a fronte della tesi risultante dalla sopra citata sentenza delle sezioni unite, deve tuttavia anche osservarsi che la fusione della IG s.p.a. nella Sviluppo Italia s.p.a., poi divenuta Invitalia s.p.a. e poi ancora Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a., è stata determinata a seguito di una precisa scelta di legge; cosicché non è completamente esatto discorrere, come invece accade nel ricorso, di un atto volontario in contrapposizione alla morte della persona fisica;

la fusione è segnatamente avvenuta in forza del d.lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, recante il riordino degli enti e delle società di promozione e istituzione della società "Sviluppo Italia", a norma degli articoli 11 e 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59;

il punto è che una tale peculiarità assume decisiva rilevanza in senso opposto a quanto ritenuto dalla corte d'appello di Campobasso, poiché ai sensi del d.lgs. citato l'istituzione di Sviluppo Italia è conseguita al conferimento o all'acquisizione delle partecipazioni azionarie di diverse società pure previsti dalla legge; e tra queste proprio le partecipazioni della società IG-Società per l'imprenditoria giovanile (art. 1, terzo comma), con la specifica previsione (art. 3) che *"le operazioni di riordino e di accorpamento delle società e delle attività conferite"* - ai sensi del citato art. 1 - sono approvate definitivamente entro il 30 giugno 2000 *"assicurando comunque, anche nel periodo transitorio, l'operatività, la continuità e la qualità degli interventi e delle attività"*; ciò è tanto vero che entro il 15 aprile 2000 le società di cui all'art. 1, in coerenza con il programma di interventi, avrebbero dovuto predisporre *"un conclusivo piano di riordino societario ai sensi dell'art. 1, comma 4"*, il cui schema sarebbe stato rimesso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per l'inoltro alle competenti commissioni parlamentari unitamente al programma degli interventi;

VI. - ora per gli effetti che ne derivano sui rapporti in corso di svolgimento, e ai fini della continuità del mandato conferito in seno a una associazione d'impresе, è infondato equiparare *sic et simpliciter* le operazioni societarie di fusione e di scissione realizzate nell'ambito del citato processo di riordino a quelle ordinarie previste dal codice civile;

il rilievo dimostra che la specifica disciplina dianzi evocata, in rapporto al fenomeno del mandato conferito nel contesto dell'associazione temporanea d'impresa, è ben compatibile semmai con l'applicazione della previsione dell'art. 1722, n. 4, secondo periodo, cod. civ., a termine della quale il mandato che ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa non si estingue neppure per morte del mandante o del mandatario, se l'esercizio dell'impresa è continuato; e nel caso specifico risulta dalla stessa sentenza che il mandato ha continuato ad aver corso pur dopo l'istituzione di Sviluppo Italia;

VII. - la corte molisana ha menzionato una diversa esegesi tratta da un antico insegnamento (Cass. n. 822-66), secondo cui l'art. 1722, n. 4, cod. civ. - per cui il mandato che ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di una impresa non si estingue se l'esercizio dell'impresa è continuato, salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi - trova applicazione solo in caso di morte, di interdizione, o di inabilitazione del mandante-imprenditore, e non già anche del mandatario, poiché postula che venuta meno la fisica possibilità di una esecuzione del mandato da parte del soggetto in cui il mandante ha riposto la sua fiducia non si possa imporre allo stesso mandante di nutrire eguale fiducia negli eredi del mandatario;

la conclusione appena citata è indotta dalla impostazione classica basata sulla preminenza del cd. *intuitus personae* nella causa del mandato; ma non è convincente poiché il presupposto da cui muove è contraddetto dall'evoluzione dei principi in materia di conservazione dei contratti di impresa; e dunque non può valere a sostenere l'esclusione, di cui alla seconda parte del medesimo n. 4, in caso di mandato avente per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa, se l'attività d'impresa non viene meno;

tale è giustappunto l'ottica nella quale si è mosso il legislatore col d.lgs. n. 1 del 1999;

nella prospettiva della continuità dell'esercizio dell'impresa è del resto difficile negare fondamento all'assunto della ricorrente a proposito della rilevanza del comportamento delle parti; invero si assume - e la situazione al riguardo non

trova smentita nella sentenza - che le parti, e tra queste principalmente le società costituite in A.t.i., avevano portato avanti il servizio nei termini previsti dal contratto, così mostrando per fatti concludenti anche la volontà di mantenere in essere il mandato conferito per l'esercizio dell'impresa;

e allora, pure a voler seguire l'impostazione classica dell'art. 1722, n. 4, cod. civ., la tesi della corte d'appello non può trovare consenso: l'art. 2722 n. 4 è testualmente riferito all'ipotesi di scioglimento del mandato per morte o sopravvenuta incapacità del mandatario, oltre che del mandante; la ragione ispiratrice, in ipotesi di morte (o, in caso di società, più genericamente di estinzione) del mandatario, può sì individuarsi nell'*intuitus personae* che del mandato caratterizza la causa, e quindi nell'intrasmissibilità del rapporto che implica la relativa obbligazione di fare; ma simile ragione ispiratrice è contraddetta dall'eccezione rinvenibile nella seconda parte della norma, in forza della quale si reputa in determinati casi prevalente l'interesse alla conclusione dell'affare dedotto nel mandato, tanto che lo scioglimento non si verifica ove un simile interesse risulti oggettivato nell'attività d'impresa delle società mandanti che, come nella specie, si siano appositamente costituite in associazione temporanea d'impresa;

VIII. - devesi precisare che la questione riguarda - in sé - il rapporto interno di mandato, per gli effetti che ne derivano in ordine alla legittimazione della mandataria a far valere i diritti di credito nascenti dal contratto di appalto stipulato per conto dell'associazione temporanea d'impresе;

non possiede alcuna rilevanza la distinta serie di argomentazione spese dalla corte d'appello in ordine alla natura pubblica di quel contratto;

quale che fosse la disciplina dell'appalto, è certo che la mandataria era legittimata ad agire in monitorio onde far valere il credito da esso asseritamente sorto;

IX. - l'impugnata sentenza va dunque cassata;

segue il rinvio alla medesima corte d'appello di Campobasso, in diversa composizione, per nuovo esame;

la corte d'appello si uniformerà ai principi di diritto esposti ai superiori punti e provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità;

p.q.m.

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

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addi

11