

Civile Sent. Sez. U Num. 38597 Anno 2021

Presidente: RAIMONDI GUIDO

Relatore: NAZZICONE LOREDANA

Data pubblicazione: 06/12/2021

SENTENZA

sul ricorso 27289-2020 proposto da:

COMUNE DI PENNE, COMUNE DI COLLECORVINO, in persona dei rispettivi Sindaci pro tempore, elettivamente domiciliati in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 284, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRO MANNOCCI, che li rappresenta e difende;

- *ricorrenti* -



539
21

contro

COMUNE DI LORETO APRUTINO, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE DELLE MEDAGLIE D'ORO 48, presso lo studio dell'avvocato GIULIO MASTROIANNI, rappresentato e difeso dall'avvocato MATTEO DI TONNO;

- controricorrente -

nonché contro

AIM ENERGY S.R.L.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 3969/2020 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 22/06/2020.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/11/2021 dal Consigliere LOREDANA NAZZICONE;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Procuratore Generale Aggiunto LUIGI SALVATO, che ha concluso per il rigetto del primo motivo ed accoglimento, p.q.r., del secondo;

uditi gli avvocati Alessandro Mannocchi e Matteo Di Tonno.

FATTI DI CAUSA

Con sentenza n. 3969/2020 del 22 giugno 2020, il Consiglio di Stato ha annullato con rinvio la sentenza di primo grado, la quale aveva ritenuto la giurisdizione ordinaria sull'impugnazione proposta dal Comune di Loreto Aprutino avverso le deliberazioni assunte dai consigli comunali dei Comuni di Penne e Collecervino, con le quali essi avevano stabilito di procedere alla vendita delle partecipazioni sociali, rispettivamente possedute nel capitale sociale della Vestina Gas s.r.l., mediante asta pubblica, nonché degli avvisi di gara e degli atti amministrativi prodromici alla cessione.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto trattarsi di attività unilaterale di tipo pubblicistico, essendo in particolare le deliberazioni dei due

Comuni atti amministrativi, prodromici alla vicenda societaria di cessione delle partecipazioni sociali.

Per la cassazione di questa sentenza hanno proposto ricorso il Comune di Penne ed il Comune di Collecorvino, sulla base di due motivi, illustrati anche da memoria.

Resiste con controricorso il Comune di Loreto Aprutino.

Il pubblico ministero presso la Corte di cassazione ha chiesto dichiararsi il primo motivo inammissibile e fondato il secondo, limitatamente alla giurisdizione dell'a.g.o. sulla domanda di violazione dell'art. 2468 cod. civ. a causa della vendita congiunta delle partecipazioni sociali.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – Con il primo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 cod. civ. e l'omesso esame di fatto decisivo, in quanto il socio privato Levigas s.p.a. aveva, in precedenza, già impugnato innanzi al T.a.r. di Pescara le deliberazioni comunali autorizzative delle cessioni (n. 64/2017 del Comune di Penne, n. 50/2017 del Comune di Collecorvino) ed era parte del processo – conclusosi con la declinatoria della giurisdizione in favore del giudice ordinario – anche il Comune di Loreto Aprutino, sebbene non costituitosi.

Anche il giudice civile, adito con procedimento ex art. 700 cod. proc. civ. dal medesimo socio privato, ha respinto le pretese della Levigas s.p.a. e dell'interveniente Comune di Loreto Aprutino, senza palesare nessun dubbio sulla propria giurisdizione.

Pertanto, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto rilevare i precedenti giudicati, ma così non ha pronunciato, con conseguente violazione della norma invocata ed omesso esame di fatti decisivi per il giudizio.

2. – Con il secondo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione dell'art. 7 d.lgs. n. 104 del 2010, oltre al "travisamento dell'oggetto della causa", in quanto questo non

consisteva nell'impugnazione delle deliberazioni dei due consigli comunali, ma dell'avviso d'asta pubblica: il Comune di Loreto Aprutino aveva interesse a subentrare soltanto nella quota dell'11% in titolarità del Comune di Collecervino, onde per tale ragione aveva impugnato la decisione dei due comuni di dismettere congiuntamente le loro azioni; e la giurisdizione è, dunque, del giudice ordinario.

3. - Il ricorso è proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi degli artt. 111, comma 8, Cost. e 362, comma 1, cod. proc. civ., sebbene così non rubricato.

Deve, pregiudizialmente, disattendersi l'eccezione di inammissibilità specificamente proposta nel controricorso, in quanto va, sul punto, confermato l'orientamento già espresso da questa Corte (Cass., sez. un., 17 gennaio 2002, n. 489), secondo cui, ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 362 cod. proc. civ., è proponibile il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato che abbia affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, ancorché la stessa non abbia statuito nel merito ed abbia invece rimesso gli atti al primo giudice (che aveva deciso in senso contrario) per la prosecuzione del giudizio, atteso che tale rinvio, conseguente alla pronuncia sulla giurisdizione, non vale a sottrarre detta declaratoria all'impugnazione per essa prevista.

4. - Il primo motivo, con il quale si vuole censurare il mancato rilievo del giudicato esterno da parte del Consiglio di Stato, è infondato.

4.1. - Esso è, anzitutto, ammissibile, quale motivo inerente la giurisdizione, essendo proposto in base all'art. 111, comma 8, Cost., e art. 362, comma 1, cod. proc. civ. ed in quanto tale è il ricorso per cassazione contro la decisione del Consiglio di Stato, che abbia, in ipotesi, mancato di rilevare un giudicato esterno sulla giurisdizione: spetta, infatti, alle Sezioni unite non soltanto il giudizio vertente sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma

anche il sindacato sull'applicazione delle disposizioni che regolano il rilievo del difetto di giurisdizione (cfr. Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260, in motiv.; v. pure Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4682; 23 novembre 2012, n. 20727; ed, ancora, Cass., sez. un., 4 marzo 2019, n. 6281, in motiv.; 5 marzo 2019, n. 6355, non massimata).

Ciò, in quanto la prospettata violazione, da parte del Consiglio di Stato, di una norma procedimentale incidente sul rilievo di giurisdizione non è violazione di una norma meramente processuale, interna ai limiti della giurisdizione, ma violazione che si sostanzia in una decisione sulla giurisdizione, sindacabile dalle Sezioni unite (Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4682; 23 novembre 2012, n. 20727).

Ed il ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato è da considerare proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, in base agli art. 111, ultimo comma, cost., 362, comma 1, cod. proc. civ. e 110 del codice del processo amministrativo, come tale ammissibile, quante volte il motivo di ricorso si fonda sull'allegazione che la decisione sulla giurisdizione, tuttavia adottata dal giudice amministrativo, era preclusa per essersi in precedenza formato il giudicato sulla questione (Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23306).

Ciò avviene nella specie, in cui si lamenta la mancata rilevazione del giudicato esterno sulla giurisdizione.

4.2. - Il motivo è, tuttavia, infondato.

I ricorrenti deducono, a sostegno del vizio denunciato, la violazione vuoi del giudicato amministrativo reso dal T.a.r. di Pescara con la sentenza n. 278 del 2018, passata in giudicato, il quale ha declinato la giurisdizione in favore del giudice ordinario; vuoi del giudicato civile asseritamente reso dal Tribunale de L'Aquila, che con ordinanza del 28 ottobre 2018 ha respinto un ricorso per



provvedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ., senza affatto porsi un problema di giurisdizione e, quindi, implicitamente affermandola.

Orbene, anche senza necessità di esaminare l'oggetto specifico di tali giudizi - che, allegano i ricorrenti, almeno in parte coinciderebbero con l'oggetto del giudizio per cui è causa - il motivo si palesa infondato.

Quanto al dedotto giudicato amministrativo, va richiamato il consolidato principio, secondo cui le sentenze dei giudici amministrativi, al pari di quelle dei giudici ordinari di merito, acquistano efficacia di giudicato esterno anche in tema di giurisdizione e, perciò, spiegano i propri effetti anche al di fuori del processo in cui sono state rese, solo qualora la statuizione sulla giurisdizione sia accompagnata da una conseguente pronuncia di merito (Cass., sez. un., 13 aprile 2012, n. 5872; e già Cass. n. 16462 del 2006, n. 9554 del 1994).

Dunque, circa le condizioni per la configurabilità del giudicato esterno sulla giurisdizione, va ribadito che le sentenze dei giudici ordinari di merito, o dei giudici amministrativi, che statuiscono sulla sola giurisdizione - diversamente da quelle delle Sezioni unite di questa Corte, cui, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna (c.d. efficacia panprocessuale) - non sono idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese (vedi, per tutte: Cass., sez. un., 22 marzo 2017, n. 7305; 21 luglio 2015, n. 15208; 10 agosto 2005, n. 16779; 19 novembre 1999, n. 802; ancora, in motiv., es. Cass., sez. un., 25 luglio 2019, n. 20181).

Ne consegue che l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, contenuta in una sentenza del giudice amministrativo, non preclude una diversa decisione da parte di quello in seguito adito.

Quanto al dedotto giudicato ordinario, recato dal provvedimento del Tribunale de L'Aquila del 28 ottobre 2018, si tratta di una ordinanza cautelare, come tale addirittura del tutto estranea alla nozione di cui all'art. 2909 cod. civ. (fra le altre, Cass., sez. un., 26 giugno 2020, n. 12864; 23 settembre 2013, n. 21677).

In conclusione, ne deriva che, per quanto sin qui chiarito, è da escludere la sussistenza, nella specie, di un giudicato esterno sulla giurisdizione del giudice ordinario, e, con esso, il vizio dal motivo denunziato.

5. – Il secondo motivo è infondato.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 7 e 10 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, la deliberazione di alienazione delle partecipazioni sociali di un'amministrazione pubblica è adottata, in caso di partecipazioni comunali, *«con deliberazione del consiglio comunale»*; e, in *«casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente»*.

Ai sensi dell'art. 7, comma 5, cit., dettato per la costituzione di società, *«nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, la scelta di questi ultimi avviene con procedure di evidenza pubblica a norma dell'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016»*.

Dal suo canto, l'art. 20, comma 5, d.lgs. n. 175 del 2016 prevede che gli *«atti... di alienazione delle partecipazioni sociali sono disciplinati, salvo quanto diversamente disposto nel presente decreto, dalle disposizioni del codice civile e sono compiuti anche in deroga*

alla previsione normativa originaria riguardante la costituzione della società o l'acquisto della partecipazione»: dunque, con mera facoltà di derogare all'evidenza pubblica.

Al riguardo, questa Corte ha già avuto modo di precisare, sia nell'ambito di ricorsi per motivi inerenti la giurisdizione sia, con principi analoghi, nell'ambito della giurisprudenza regolatrice delle Sezioni unite, che, nel settore dell'attività negoziale della p.a., tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole c.d. dell'evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo, mentre quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguardano la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario (Cass., sez. un., 26 giugno 2020, n. 12861; 13 marzo 2020, n. 7219; v. pure Cass., sez. un., 29 gennaio 2018, n. 2144; 10 aprile 2017, n. 9149; 31 maggio 2016, n. 11366; 8 luglio 2015, n. 14188; 20 settembre 2013, n. 21588; 24 maggio 2013, n. 12902; 5 aprile 2012, n. 5446; 13 marzo 2009, n. 6068).

Nella specie, il giudice amministrativo è stato chiamato a decidere non su di una controversia relativa ad atti privatistici del socio pubblico, bensì a stabilire se legittimamente gli enti territoriali abbiano assunto, mediante i rispettivi consigli comunali, le delibere di cessione a terzi delle azioni possedute, con il conseguente avviso di gara.

Tale scelta, atto prodromico alla stipulazione del negozio di diritto privato comportante il trasferimento delle azioni, in quanto relativo ad un momento antecedente all'instaurazione del rapporto civilistico ed attinente al procedimento formativo della volontà dell'ente, è stata adottata nelle forme di una deliberazione consiliare, vale a dire con

un tipico atto amministrativo che, in quanto tale, non avrebbe potuto che essere impugnato dai controinteressati davanti al giudice naturale, costituito, per siffatti rapporti, dal T.a.r. competente, cui soltanto era demandato il compito di stabilire se fosse consentito procedere all'alienazione e valutare gli eventuali vizi del procedimento ad evidenza pubblica.

Compito di questa Corte, investita del ricorso ex art. 362, comma 1, cod. proc. civ., non è dunque quello di stabilire se i due Comuni avessero legittimamente proceduto alla scelta di alienazione solo congiunta delle azioni, per un totale del 51% del capitale della società partecipata, ma solo di giudicare se il Consiglio di Stato, nel ritenere correttamente adito il giudice amministrativo e rinviare la causa innanzi al T.a.r., abbia ecceduto dai limiti della giurisdizione amministrativa, invadendo quella dell'A.G.O.; il che è da escludersi, sulla scorta delle considerazioni che precedono.

Né la conclusione è suscettibile di essere diversa, in relazione al profilo, pure dedotto in giudizio, della pretesa "trasformazione radicale" della società a partecipazione pubblica, in ragione del nuovo socio (penultima pagina della sentenza impugnata), che i ricorrenti richiamano nel motivo di ricorso (p. 16), peraltro per negare che si tratti dell'istituto civilistico ex art. 2498 ss. cod. civ.; nonché in ragione dell'allegata violazione, innanzi al giudice di merito, «*dell'art. 2468 cod. civ. che, nella prospettazione del ricorrente [il Comune di Loreto Aprutino], avrebbe impedito la possibilità di vendita congiunta*» (v. p. 4 del ricorso), norma il cui mero richiamo, nel contesto della domanda proposta, non era tale da alterare il *petitum* sostanziale, che resta afferente agli atti amministrativi impugnati e che rappresenta un mero risvolto privatistico, non autonomo, delle denunciate illegittimità provvedimentali.

Ogni altra valutazione risulta estranea al giudizio demandato a questa Corte, cui spetta soltanto di stabilire l'osservanza da parte del

giudice *a quo* dei principî in tema di riparto della giurisdizione, con riguardo agli atti sottoposti a quel procedimento.

6. – Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni unite, rigetta il ricorso e condanna le parti ricorrenti in solido al rimborso delle spese di lite, che liquida nella misura di € 3.200,00, di cui € 200,00 per esborsi, oltre alle spese forfetarie del 15% sui compensi ed agli accessori, come per legge.

Dichiara che, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115 del 2002, sussistono i presupposti per il versamento di un importo a titolo di contributo unificato, pari a quello richiesto, ove dovuto, per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 23 novembre 2021.