

Civile Ord. Sez. U Num. 24591 Anno 2016

Presidente: AMOROSO GIOVANNI

Relatore: SPIRITO ANGELO

Data pubblicazione: 01/12/2016

ORDINANZA

sul ricorso 15224-2015 proposto da:

AMGAS S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DELLA SCROFA 64, presso lo studio dell'avvocato FELICE EUGENIO LORUSSO, che la rappresenta e difende, per delega in calce al ricorso;

- **ricorrente** -

contro

BELMONTE CARMINE, STELLUTO ALFREDO, CAGGIANO LAURA,



elettivamente domiciliati in ROMA, VIA LINA CAVALIERI
85/7, presso lo studio dell'avvocato CARMELINA
MORABITO, rappresentati e difesi dall'avvocato MARCO
SCILLITANI, per delega in calce al controricorso;

- controricorrenti -

nonchè contro

COMUNE DI FOGGIA;

- intimato -

sul ricorso 15225-2015 proposto da:

COMUNE DI FOGGIA, in persona del Sindaco pro tempore,
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA SCROFA 64,
presso lo studio dell'avvocato FELICE EUGENIO LORUSSO,
che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato
DOMENICO DRAGONETTI, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

BELMONTE CARMINE, CAGGIANO LAURA, STELLUTO ALFREDO ,
elettivamente domiciliati in ROMA, VIA LINA CAVALIERI
85/7, presso lo studio dell'avvocato CARMELINA
MORABITO, rappresentati e difesi dall'avvocato MARCO
SCILLITANI, per delega in calce al controricorso;

- controricorrenti -

nonchè contro

AMGAS S.P.A.;

- intimata -

per regolamento di giurisdizione in relazione al
giudizio pendente n. 89/2015 del TRIBUNALE di BARI;

uditi gli avvocati Eugenio Felice LORUSSO e Marco
SCILLITANI;

udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 19/07/2016 dal Presidente Dott. ANGELO
SPIRITO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore
Generale dott. Immacolata ZENO, il quale chiede il
rigetto dei ricorsi e la declaratoria della
giurisdizione del giudice ordinario a conoscere della
domanda proposta dinanzi al Tribunale di Bari - Sezione
imprese.



In fatto e in diritto

1 - L'AMGAS spa propone ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione (RG 15224/15), spiegando:

- che i sigg. Stelluto, Belmonte e Caggiano l'hanno convenuta, insieme con il Comune di Foggia, innanzi al Tribunale di Bari (sezione specializzata in materia d'impresa) perché siano annullati gli atti del Sindaco di Foggia e dell'assemblea ordinaria dei soci della società stessa, con i quali essi (in conseguenza dell'insediamento del nuovo Consiglio comunale) sono stati dichiarati decaduti dalla carica di membri del collegio sindacale di AMGAS spa., e perché, inoltre, i convenuti siano condannati al risarcimento del danno;
- che il proprio capitale sociale è interamente sottoscritto dal Comune di Foggia, in favore del quale essa – a norma dello statuto – svolge la propria, prevalente attività secondo le modalità proprie dell'affidamento *in house* dei servizi, che il Comune esercita su di essa un controllo di gestione analogo a quello esercitato sui propri servizi, che, dunque, è stata costituita secondo il modello dell'*in house providing*.

Ciò premesso, la società sostiene che da tali caratteristiche deriverebbero conseguenze sia in ordine alla disciplina applicabile in materia di nomina e revoca degli organi sociali e di responsabilità per danni da questi arrecati alla società, sia in ordine alla giurisdizione relativa alle controversie insorte in seno alla società, nonché tra la società ed il socio pubblico. In particolare – proprio in virtù del vincolo di subordinazione gerarchica che lega gli organi sociali all'ente partecipante, della dipendenza organica di derivazione pubblicistica e della natura pubblicistica/autoritativa degli atti organizzativi attraverso i quali il rapporto viene disciplinato (tra cui l'atto sindacale di nomina dei vertici sociali ex art. 50, comma 8, D.lgs n. 267/2000) – conseguirebbe che, in occasione della nomina dei vertici societari, il Comune non agisce come socio privato, bensì quale autorità pubblica preposta al controllo ed al coordinamento della società, sicché le controversie in ordine alla designazione o alla revoca degli organi sociali appartenerebbero alla giurisdizione del giudice amministrativo.



1.1 - La ricorrente ritiene che le seguenti ragioni sostengano la propria tesi:

- la particolarità dei rapporti che legano la società *in house* all'ente pubblico ha indotto queste SU a ritenere sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti in ordine all'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali di una siffatta società per danni cagionati al patrimonio della stessa (sul punto è citata SU n. 26283/13);
- il disposto dell'art. 7, comma 1, CPA (laddove devolve "alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo"), nella considerazione che gli atti del Sindaco di nomina e/o revoca dei componenti degli organi sociali di AMGAS si configurano come esercizio di poteri amministrativi, sfuggendo alle regole dettate in ambito privatistico per le società di capitali;
- alcuni precedenti di queste SU (è fatto riferimento alle ordinanze nn. 1237/15 e 2505/15, chiamate a pronunciarsi in tema di revoca di amministratori di società partecipate da enti pubblici), che hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario o perché (nel primo caso) dallo statuto sociale non emergevano le caratteristiche proprie della società *in house*, o perché (nel secondo caso) nessuna delle parti aveva richiamato nei propri atti lo statuto stesso, dal quale potersi giustificare la sottrazione della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario;
- dai menzionati precedenti si desumerebbe - secondo la ricorrente - che: per determinare la giurisdizione in materia di nomina e revoca degli organi sociali, occorre tener conto della natura sostanziale della società e del rapporto intercorrente con l'azionista pubblico: elementi indiziari circa la natura di quei rapporti potrebbero essere ricavati dalle previsioni statutarie ed, in particolare, dal cd. *controllo analogo* da parte dell'ente.

1.2 - Il Comune di Foggia ha, a sua volta, proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione (RG 15225/15), attraverso il quale perviene alle medesime conclusioni - sulla base delle stesse considerazioni - alle quali è pervenuta l'AMGAS.



2 - I ricorsi in esame e la loro particolare articolazione offrono alle SU l'occasione di definitivamente fugare ogni dubbio in ordine alla giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie concernenti atti di nomina o di revoca degli organi sociali di società *in house*.

La giurisprudenza finora consolidatasi (ci si riferisce, in particolare a SU nn. 7799/05, 1235/15 e 2505/15) ha approfonditamente affrontato il tema attraverso un'analisi sostanzialmente riferita all'intero fenomeno delle società a parziale o totale partecipazione pubblica, per giungere alla conclusione che spetta al giudice ordinario conoscere della controversia avente ad oggetto sia l'impugnazione del provvedimento di nomina e revoca dei rappresentanti dell'ente pubblico presso una società per azioni partecipata parzialmente o totalmente dallo stesso ente, sia le conseguenti domande di tutela reale e risarcitoria.

Le decisioni – le cui argomentazioni conviene qui sinteticamente ricordare – hanno preso le mosse dall'osservazione che a favore dell'attribuzione al giudice ordinario assume rilievo decisivo l'art. 4 (che reca la rubrica: *Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*), comma 13, quarto periodo, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario*), convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, art. 1, comma 1, secondo cui "*Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*".

Disposizione, questa, che elimina qualsiasi dubbio circa l'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, la cui specifica disciplina sia contenuta esclusivamente o prevalentemente nello statuto sociale. Tale norma, infatti, ancorché introdotta in un provvedimento legislativo volto specificamente al contenimento della spesa pubblica (cosiddetta *spending review*), ha natura esplicitamente interpretativa e come tale efficacia retroattiva, si caratterizza quale clausola normativa ermeneutica generale (norma di chiusura) salvo deroghe espresse, ed impone all'interprete (il quale dubiti dell'interpretazione di disposizioni, anche di carattere



speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica) di optare comunque per l'applicazione della disciplina del codice civile in materia di società di capitali.

Da questa premessa i menzionati precedenti hanno dedotto che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne posseda, in tutto o in parte, le azioni, in quanto il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al Comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società; con la conseguenza che è attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori di società per azioni di cui il Comune sia unico socio, costituendo gli atti impugnati espressione non di potestà amministrativa ma dei poteri conferiti al Comune dalle ordinarie disposizioni del codice civile; sicché la posizione soggettiva degli amministratori revocati (che non svolgono né esercitano un pubblico servizio) è configurabile in termini di diritto soggettivo, dovendo inoltre escludersi la riconducibilità di detta controversia al novero di quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33 novellato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7.

2.1 - Si è pure aggiunto (sulla scorta di S.U. nn. 4989/95, 5085/97, 8454/98) che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico: il rapporto tra la società e l'ente locale è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali. Invero, la leg-



ge non prevede alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale.

La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla prevalenza del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società, avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società.

La controversia non rientra neppure nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, atteso che, come sopra detto, la situazione giuridica di cui si chiede la tutela ha natura di diritto soggettivo e non certo di interesse legittimo.

2.2 - L'art. 2449 c.c. prevede che, se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazione in una società, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, disponendo anche che gli amministratori o sindaci, nominati a norma del comma precedente, possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati.

La facoltà attribuita all'ente pubblico dal citato art. 2449 c.c. è, quindi, sostitutiva della generale competenza dell'assemblea ordinaria, trovando la sua giustificazione nella peculiarità di quella tipologia di soci, e deve essere qualificata come estrinsecazione non di un potere pubblico, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, in quanto espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa.

Dalla configurazione dell'atto di revoca come espressione di una facoltà inerente la qualità di socio e, quindi, come manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, deriva l'ulteriore conferma dell'esclusione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

3 - Concorrono alla dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario le seguenti ulteriori considerazioni.

Già la Relazione al codice civile del 1942, nell'illustrare la disciplina delle società partecipate dallo Stato, affermava: *".... in questi casi, è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni, per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realiz-*



zatici; la disciplina comune della società per azioni deve, pertanto, applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente (n. 998)".

L'art. 2449 cod. civ. - nella formulazione vigente consolidatasi nel 2008, anche a seguito della nota sentenza della Corte di giustizia UE (Prima Sezione) 6 dicembre 2007 (nei procedimenti riuniti nn. C-463/04 e C-464/04, Federconsumatori e AEM c. Comune di Milano) - individua nello statuto, cioè in un atto fondamentale della società di natura negoziale (art. 2328 c.c., comma 3), la fonte esclusiva dell'attribuzione allo Stato o all'ente pubblico della facoltà di nomina di amministratori in numero proporzionale alla propria partecipazione al capitale sociale, ed esprime i principi sia della irrilevanza personale del socio di capitali, sia della parità di *status* di tutti gli amministratori, indipendentemente dalla nomina dell'assemblea o dell'ente pubblico titolare della partecipazione (*"Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea"*), sia - in definitiva - della perfetta autonomia della società, dei suoi organi e del suo funzionamento secondo la propria legge rispetto alle vicende della sua formazione e della partecipazione ad essa, mentre l'attribuzione esclusiva all'ente pubblico del potere di revoca degli amministratori dallo stesso nominati (gli amministratori e i sindaci, o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma 1 possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati) ha l'unica finalità di impedire la totale frustrazione della designazione effettuata, secondo statuto, dall'ente pubblico - *uti socius*, non *jure imperii* - e degli interessi di natura pubblica ad essa sottesi. Secondo l'ormai consolidato orientamento di queste Sezioni Unite (cfr. n. 30167 del 2011 e le successive conformi), la nomina e la revoca degli amministratori da parte dell'ente pubblico debbono essere ascritte agli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzazione del modello societario e restano perciò interamente assoggettate alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito.

3.1 - L'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici è conforme agli orientamenti espressi sia dalla Corte di giustizia UE - che, con le sentenze Volkswagen (sentenza 23 ottobre 2007, nella causa C-112/05) e Federconsumatori (sentenza 6 dicembre 2007, nei procedimenti riuniti nn. C-463/04 e C-464/04), ha ritenuto collidenti con



l'art. 56 del Trattato CE disposizioni che incidano sul principio della parità di trattamento tra gli azionisti - sia dalla Corte costituzionale che, con le sentenze n. 35 del 1992 e n. 233 del 2006 ha ricondotto al diritto privato le disposizioni sulla nomina e sulla revoca degli amministratori ed ha sottolineato che l'*intuitus personae* sotteso al rapporto di nomina degli amministratori esclude la rilevanza immediata dei principi di cui all'art. 97 Cost., comma 2, (buon andamento ed imparzialità).

3.2 – La riconduzione della materia in questione alla disciplina civilistica è attuata oggi dal D.Lgs n. 175 del 2016 (ovviamente, inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie), del quale vanno particolarmente segnalate tre disposizioni. Quella del terzo comma dell'art. 1, secondo cui: *Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato*. Quella dell'art. 12 (*Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*), a norma della quale *"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"*. Quella dell'art. 14 (*Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*), la quale non solo stabilisce che *"Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi"*, ma, soprattutto, testualmente menziona nell'ultimo comma la *"dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti"*, facendo così inequivoco ed esplicito riferimento alle società *in house*, che, appunto, sono le società titolari di affidamenti diretti (cfr. art. 16, 1° comma).

Disposizioni, queste, che non solo definitivamente esplicitano la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all'ordinario regime civilistico ma, soprattutto, eliminano ogni dubbio circa il fatto che le società *in house* siano regolate dalla medesima disciplina che regola, in generale, le società partecipate, ad eccezione, quanto alle prime, della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti.



Risultano, così, legislativamente confermate (la stessa *Relazione illustrativa* al decreto legislativo in commento spiega che “*le osservazioni volte a sottrarre le società in house al diritto comune delle crisi d’impresa non sono state accolte*”) le conclusioni alle quali era ormai da tempo pervenuta la giurisprudenza di legittimità, la quale, per un verso, ha riconosciuto la sottoponibilità a fallimento delle società partecipate (sul rilievo che la scelta del legislatore di consentire all’ente pubblico l’esercizio di determinate attività mediante 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 – cfr. Cass. sez. I n. 22209/13) e, per altro verso, ha assoggettato amministratori e dipendenti delle società *in house* alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale (sulla stregua, dunque, della già menzionata SU n. 26283/13).

In siffatto contesto si può affermare che le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società *in house*; sicché il principio generale dettato dal citato 3° comma dell’art. 1 è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso. Ed una disposizione specifica per le società *in house* si rinviene, nell’art. 12 che, come s’è visto, riguarda la giurisdizione in tema di azioni di responsabilità degli organi sociali, ma non anche per quel che attiene alle controversie in materia di nomina o revoca degli organi sociali designati dal socio pubblico.

4 - Venendo ora alla fattispecie in trattazione, è agevole, sulla base di tutto quanto premesso, respingere la richiesta devoluzione della controversia al giudice amministrativo. Controversia nella quale le parti private domandano (come s’è già detto in precedenza): a) che siano dichiarati nulli, o siano annullati, o siano dichiarati inefficaci gli atti costituiti dal decreto del sindaco, nonché dalla deliberazione dell’assemblea ordinaria dei soci AMGAS, attraverso i quali, in conseguenza dell’insediamento del nuovo Consiglio comunale, è stata dichiarata la decadenza del collegio sindacale della società stessa



(del quale essi facevano parte) e sono stati nominati nuovi componenti dell'organo di controllo; b) che i convenuti (Comune e AMGAS) siano condannati al risarcimento dei danni.

A prescindere dall'accertamento della concreta ricorrenza di tutti i requisiti che denotano una società come *in house*, basta sinteticamente osservare che: 1) nella vicenda si discute di posizioni soggettive aventi incontrovertibilmente natura di diritti soggettivi perfetti; 2) la controversia non rientra né nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, né in quella esclusiva dello stesso; 3) l'atto posto alla base del dibattito è la deliberazione dell'assemblea societaria che ha provveduto sulla revoca dei sindaci societari, del quale il decreto del sindaco costituisce solo un presupposto amministrativo *a monte*, sicché l'azione concerne il rapporto e non l'atto.

5 – Attraverso un'ultima annotazione occorre riconoscere che è, bensì, vero che le Sezioni unite di questa Corte, nella già menzionata sentenza n. 26283/13, hanno affermato che le società *in house* costituiscono in realtà articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi; tuttavia, hanno altresì avuto cura di precisare che siffatta affermazione va intesa ai limitati fini del riparto di giurisdizione. Precisazione, questa, che si riferisce, ovviamente, al riparto di giurisdizione riguardante l'azione di responsabilità per danni arrecati dall'illegittimo comportamento degli organi sociali al patrimonio della società, che costituiva oggetto di quel giudizio.

Il tipo di rapporto che lega gli organi di una società *in house* all'ente pubblico da cui la società promana è, infatti, fin troppo simile a quello che intercorre tra la medesima amministrazione ed i propri dipendenti per poter giustificare un diverso regime di responsabilità, quanto alla giurisdizione ed ai riflessi sulle regole che presidiano la responsabilità di quei soggetti. Ciò non implica però, necessariamente, che anche sotto ogni altro profilo l'adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza le società *in house* sia irrilevante e che le regole proprie del diritto societario siano poste fuori gioco.

Sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa 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.

6 – In conclusione, va enunciato il seguente principio di diritto:

Le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello del cd. *in house providing*.

Per questi motivi

La Corte, a Sezioni Unite, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, il quale provvederà anche sulle spese per il regolamento di competenza.

Così deciso in Roma, il 19 luglio 2016

Il Presidente   