

REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

| | |
|------------------------|---------------------|
| MAGDA CRISTIANO | - Presidente - |
| FRANCESCO TERRUSI | - Consigliere - |
| ANGELINA MARIA PERRINO | - Consigliere - |
| ALBERTO PAZZI | - Consigliere - |
| GIUSEPPE DONGIACOMO | - Rel.Consigliere - |

Oggetto

OPPOSIZIONE ALLO
STATO PASSIVO

Ud. 7/11/2023 – CC

R.G.N. 24700/2022

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 24700-2022 proposto da:

CASSA X S.P.A., rappresentata e difesa
dall'Avvocato VINCENZO FORTUNATO per procura in calce al
ricorso;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO AR S.R.L., rappresentato e difeso
dall'Avvocato NICOLA RONDINONE per procura in calce al
controricorso;

- controricorrente -

avverso il DECRETO N. 7067/2022 del TRIBUNALE DI MILANO,
depositato il 12/9/2022;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non
partecipata del 7/11/2023 dal Consigliere GIUSEPPE
DONGIACOMO;

FATTI DI CAUSA

1.1. Il Tribunale di Milano, con decreto del 12/9/2022, ha
rigettato l'opposizione ex art. 98 l. fall. proposta dalla Cassa
X s.p.a. nei confronti del decreto con il quale il
giudice delegato al fallimento della AR s.r.l. in



liquidazione, dichiarato con sentenza del 17/5/2017, aveva solo parzialmente accolto la sua domanda di ammissione allo stato passivo, escludendo l'invocata prelazione ipotecaria e privilegiata, in ragione della ritenuta nullità del contratto di finanziamento posto a fondamento della domanda.

1.2. Il tribunale, in particolare, dopo aver evidenziato che l'opponente il 3/2/2010 aveva concesso alla società poi fallita un finanziamento *"in funzione della realizzazione di una ... centrale di cogenerazione e per l'estensione della rete di teleriscaldamento nel Comune di Rozzano"*, ha rilevato che, come documentato e incontestato in giudizio, *"una parte"*, *"invero rilevante"*, *"del finanziamento"* era stato *"destinato espressamente al ripianamento di debiti pregressi, vale a dire all'estinzione di precedenti finanziamenti"*, *"come anche al pagamento di debiti tributari, contributivi e commerciali"*.

1.3. Ha quindi ritenuto che tale destinazione, costituente spesa corrente e non di investimento, comportasse la nullità del contratto in quanto stipulato in violazione dell'art. 119, comma 6, Cost., norma che consente agli enti territoriali ivi indicati di ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento e che trova applicazione non solo per i soggetti previsti dall'art. 3, comma 16, della l. n. 350/2003, e cioè le regioni a statuto ordinario, gli enti locali, le aziende e gli organismi di cui agli artt. 2, 29 e 172, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 267/2000, ma anche per le società c.d. "strumentali" degli enti territoriali, che, come la fallita - costituita per la gestione delle dotazioni strumentali (immobili, reti, impianti) funzionali all'erogazione dei servizi pubblici (erogati, però, da altra società partecipata dal Comune) esplicano attività amministrativa del patrimonio comunale in forma privata, o che comunque, non avendo ad oggetto solo l'erogazione di servizi



pubblici locali, e dovendo considerarsi società c.d. "multiutility", non rientrano tra quelle "costituite per l'esercizio di servizi pubblici", espressamente sottratte al divieto previsto dall'art. 3, comma 16, cit..

1.4. Il tribunale ha aggiunto che la deduzione dell'opponente, secondo cui i precedenti finanziamenti erano stati tutti finalizzati al progetto del teleriscaldamento, era rimasta priva di prova poiché i relativi contratti non erano stati prodotti in giudizio.

1.5. La Cassa X s.p.a., con ricorso notificato l'11/10/2022, ha chiesto, per cinque motivi, la cassazione del decreto.

1.6. Il Fallimento ha resistito con controricorso.

1.7. La ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

2.1. Con il primo motivo Cassa X s.p.a., lamentando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 119, comma 6, Cost., dell'art. 3, comma 16, della l. n. 350/2003, dell'art. 13 del d.l. m. 2(2)3/2006, conv. con l. m. 248/2006, con riferimento all'art. 1418 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., censura il decreto impugnato per aver il tribunale ritenuto che la fallita, quale "società strumentale" del Comune di Rozzano, fosse assoggettata al disposto dell'art. 3, comma 16, della l. n. 350/2003, norma che consente ai soggetti ivi previsti di ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimenti, e che il contratto di finanziamento stipulato il data 3/2/2010, in quanto utilizzato per ripianare debiti pregressi costituenti "spesa corrente", fosse, di conseguenza, viziato da nullità.

2.2. Osserva, sotto un primo profilo, che la sanzione della nullità riguarda esclusivamente gli enti territoriali e gli altri



soggetti previsti dalla norma predetta, con l'espressa eccezione delle società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici, anche se non necessariamente in via esclusiva, come la società fallita, la quale, ai sensi degli artt. 1 e 2 dello o statuto, aveva ad oggetto sia *"la progettazione, la costruzione, la manutenzione, l'ampliamento e, in generale, la gestione di fabbricati, reti, impianti e altre dotazioni funzionali, accessori e/o necessari allo svolgimento di servizi pubblici locali"*, sia, come lo stesso tribunale ha accertato, *"la gestione dei servizi pubblici locali, nell'accezione più ampia del termine"*. Deduce, sotto altro profilo, che il tribunale ha errato anche nel ritenere che le società c.d. strumentali costituiscano un *genus* differente da quelle che svolgono servizi pubblici e che il divieto contenuto nell'art. 3 cit. sia anche ad esse riferito.

2.3. Con il secondo motivo la ricorrente, denunciando la violazione dell'art. 13 del d.l. n. 2(2)3/2006, conv. con l. n. 248/2006, il vizio di motivazione e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, in relazione all'art. 360 n. 5 c.p.c., lamenta che il tribunale abbia ritenuto che AR fosse una società strumentale del Comune di Rozzano. Deduce che, a norma dell'art. 13, comma 1, del d.l. n. 223 cit., possono essere qualificate come tali unicamente le società costituite dalle amministrazioni pubbliche per la produzione di beni e servizi strumentali e che le stesse, come dispone il comma 2, sono ad *"oggetto sociale esclusivo"* e non possono quindi svolgere prestazioni in favore di terzi diversi dall'amministrazione di riferimento, laddove, al contrario, la società fallita, come emergeva dagli artt. 1 e 2 del suo statuto, era stata costituita con l'espresso rinvio all'art. 113, comma 4, lett. a) del d.lgs. n. 267/2000 ed aveva ad oggetto anche lo svolgimento di *"servizi*



pubblici locali" in favore di soggetti diversi dal Comune di Rozzano.

2.4. Con il terzo motivo la ricorrente, prospettando violazione e falsa applicazione dell'art. 1418 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., contesta che il contratto di finanziamento potesse ritenersi radicalmente nullo perché una parte rilevante delle somme erogate era stata destinata all'estinzione di debiti pregressi, atteso che la nullità costituisce la conseguenza di un vizio genetico del rapporto e non, come invece nel caso in esame, di un vizio che riguarda la sua fase esecutiva. Assume che la circostanza, peraltro contestata, dell'avvenuto utilizzo del finanziamento da parte di AR per estinguere debiti tributari, contributivi e commerciali, ha rappresentato una deviazione rispetto alla volontà negoziale manifestata nell'art. 1 del contratto, secondo cui le somme erogate avrebbero dovuto essere impiegate solo ad estinzione dei precedenti finanziamenti indicati nell'art. 3, semmai rilevante ai fini dell'accertamento della corretta esecuzione degli impegni contrattuali, ma certo non integrante una causa di nullità dell'intero contratto che, a norma dell'art. 1418 c.c., consegue solo in presenza del contrasto tra il regolamento contrattuale e una norma imperativa.

2.5. Con il quarto motivo la ricorrente, denunciando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., degli artt. 2712, 2727 e 2729 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., nonché il vizio di motivazione e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, in relazione all'art. 360 n. 5 c.p.c., lamenta che il tribunale abbia ritenuto il contratto di finanziamento radicalmente nullo anche sul rilievo della mancata produzione di quelli relativi ai precedenti finanziamenti e del conseguente difetto di prova della loro finalizzazione al progetto



di teleriscaldamento, senza considerare che la prova in questione emergeva dal contratto dedotto in giudizio, secondo il quale la prima *tranche* del finanziamento era destinata al rimborso dei mutui già erogati (compreso quello concesso ad AR il 24/3/2005 e dalla stessa trasferito ad A con la cessione di ramo d'azienda del 21/6/2007), i quali erano volti alla copertura dei costi del progetto di teleriscaldamento e, quindi, a spese di investimenti e non a spesa corrente.

2.6. Con il quinto motivo, proposto in via subordinata, la ricorrente, deducendo la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1420 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., lamenta che il tribunale abbia ritenuto il contratto radicalmente nullo, omettendo di considerare che si trattava di un contratto plurilaterale, col quale essa e X Banca avevano concesso ad A, *pro quota* e senza vincolo di solidarietà, il finanziamento sino all'importo di €. 45.000.000 e che solo la prima erogazione, e cioè le somme stanziare da X, era stata impropriamente utilizzata per coprire anche la spesa corrente.

3.1. I primi due motivi sono fondati, con assorbimento degli altri.

3.2. L'art. 30, comma 15, della l. n. 289/2002 vieta soltanto agli enti territoriali indicati dall'art. 119, comma 6°, Cost. (e cioè i comuni, le province, le città metropolitane e le regioni) nonché a quelli previsti dall'art. 3, comma 16, della stessa legge (e cioè le regioni a statuto ordinario, gli enti locali, le aziende e gli organismi di cui agli artt. 2, 29 e 172, comma 1, lett. b), del testo unico degli enti locali, di cui al d.lgs. n. 267/2000), il ricorso all'indebitamento "*per finanziare spese diverse da quelle di investimento*"; la sanzione di nullità colpisce dunque i soli contratti di finanziamento stipulati dai predetti enti



e organismi in violazione del divieto (tenuto conto della destinazione del finanziamento stesso, così come indicata nelle previsioni negoziali, e non di quella che la provvista fornita ha poi, di fatto, effettivamente avuto).

3.3. La stessa disposizione, tuttavia, espressamente esclude da tale divieto tutte le società di capitali costituite (non necessariamente in via esclusiva, stante la mancanza di una precisazione normativa sul punto) per l'esercizio di servizi pubblici: vale a dire per lo svolgimento di un'attività che non poteva essere, invece, compresa nell'oggetto delle società c.d. strumentali, successivamente previste dall'art. 13 del d.l. n. 223/2006, poi abrogato dal d.lgs. n. 175/2016, *"a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle pubbliche amministrazioni regionali o locali"* aventi come *"oggetto sociale esclusivo"* *"la produzione di beni o servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività"*, *"con esclusione"*, appunto, *"dei servizi pubblici locali"*, e, nei casi previsti, *"lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza"* e che, come tali, non potevano *"svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati"*.

3.4. Le società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici (che, in mancanza dell'appena indicata previsione, sarebbero state incluse nel divieto, in quanto comprese fra quelle contemplate dall'art. 172, comma 1, lett. b) del T.U. cit. nel testo in vigore alla data di stipulazione del contratto per cui è causa), pertanto, ancorché partecipate in tutto o in parte da enti pubblici, restano assoggettate (come stabilito dalla norma interpretativa a carattere generale già prevista dall'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95/2012, conv. con l. n. 135/2012, poi confermata dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n.



175/2016), per tutto quanto non previsto e salvo deroghe espresse, solo alle norme del codice civile in materia di società di capitali; godono, quindi, di una generale capacità giuridica e, per l'effetto, in mancanza di specifiche limitazioni stabilite dalla legge (come, ad esempio, quella prevista dall'art. 3, comma 16, cit.), del potere di porre in essere qualsiasi atto o rapporto giuridico (cfr. Cass. n. 18449 del 2015, la quale ha, tra l'altro, osservato che l'oggetto sociale costituisce solamente un limite al potere deliberativo e rappresentativo degli organi societari, la cui violazione non determina la nullità dell'atto, né la sua inefficacia, ma, eventualmente, la responsabilità degli amministratori che lo hanno compiuto).

3.5. D'altra parte, ai fini dell'applicazione dell'art. 119 comma 6 della Costituzione, non costituiscono "indebitamento" (e sono, come tali, sottratte alla sanzione della nullità) "le operazioni di revisione, ristrutturazione o rinegoziazione dei contratti di approvvigionamento finanziario che determinano una riduzione del valore finanziario delle passività totali" (come poi chiarito, rispetto al momento di stipula del contratto, dall'art. 3, comma 17, della l. n. 350 cit.), mentre si configurano come "investimenti" (e sono, come tali, parimenti sottratti alla sanzione della nullità) gli atti o le operazioni volte, tra l'altro, a "a) l'acquisto, la costruzione, la ristrutturazione e la manutenzione straordinaria di beni immobili, costituiti da fabbricati sia residenziali che non residenziali; b) la costruzione, la demolizione, la ristrutturazione, il recupero e la manutenzione straordinaria di opere e impianti; c) l'acquisto di impianti, macchinari, ... e altri beni mobili ad utilizzo pluriennale; d) l'acquisizione di aree ..." (art. 3, comma 18, della l. n. 350 cit.).

3.6. Il tribunale, che ha accertato che AR era una società c.d. *multiutility*, avente ad oggetto anche



l'erogazione di servizi pubblici locali, è perciò incorso nei vizi denunciati nei motivi in esame.

4. Il decreto impugnato va, per l'effetto, cassato, con rinvio, al Tribunale di Milano che, in differente composizione, procederà a un nuovo esame e provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi due motivi di ricorso, assorbiti gli altri, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Milano in differente composizione, che provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile, il 7 novembre 2023.

La Presidente
Magda Cristiano

