

Ricorrente obbligato al versamento
ulteriore del contributo integrativo



ORIGINALE

22341-2017

Oggetto

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ANGELO SPIRITO - Presidente -

Dott. RAFFAELE FRASCA - Rel. Consigliere -

Dott. CHIARA GRAZIOSI - Consigliere -

Dott. FRANCESCO MARIA CIRILLO - Consigliere -

Dott. AUGUSTO TATANGELO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

AZIONE PROPOSTA
DA SOCIETA'
UNICO AZIONISTA
PER PREGIUDIZIO
DI MERO FATTO
DERIVANTE DA
VICENDA DELLA
SOCIETA'
CONTROLLATA EX
ART. 291, TERZO
COMMA C.P.C. -
MANCATA
DEDUZIONE -
DEDUZIONE DI
INOSSERVANZA
DELL'ART. 331
C.P.C.

R.G.N. 26547/2013

Cron. 22341

Rep. 211.

Ud. 16/05/2017

SENTENZA

PU

sul ricorso 26547-2013 proposto da:

(omissis) SPA in persona dell'avvocato (omissis)

(omissis) nella sua qualità di Direttore Generale e

2017 legale rappresentante pro tempore, (omissis)

1161 SPA (omissis), in persona del Dott. (omissis)

nella sua qualità di Consigliere Delegato CEO e

legale rappresentante pro tempore, elettivamente

domiciliate in (omissis)
(omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis)
(omissis) , che le rappresenta e difende giusta
procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrenti -

contro

AGEA AGENZIA PER LE EROGAZIONI AGRICOLTURA in
persona del suo legale rappresentante pro tempore,
domiciliata ex lege in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12,
presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, da cui è
difesa per legge;

- controricorrente -

nonchè contro

FALLIMENTO (omissis) SPA;

- intimata -

avverso la sentenza n. 1098/2013 della CORTE
D'APPELLO di ROMA, depositata il 25/02/2013;
udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 16/05/2017 dal Consigliere
Dott. RAFFAELE FRASCA;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. ALESSANDRO PEPE che ha concluso per
l'accoglimento del ricorso;
udito l'Avvocato (omissis) ;

FATTI DI CAUSA

1. (omissis) S.p.A. e (omissis) S.p.A. hanno proposto ricorso per cassazione contro l'AG.E.A. - Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura, nonché nei confronti del Fallimento della (omissis) S.p.A. e del Fallimento della (omissis) S.p.A. in liquidazione, avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma n. 1098 del 2013, depositata il 25 febbraio 2013, che ha riformato la sentenza del Tribunale di Roma del novembre 2002.

2. La vicenda trae origine dal ricorso proposto nel 1997 dalla (omissis) e dalla (omissis) S.p.A. ai sensi degli artt. 669-sexies e 700 cod. proc. civ., volto ad impedire all'A.I.M.A. (Azienda di Stato per gli Interventi sul Mercato Agricolo) l'escussione della fideiussione emessa dall' (omissis). All'esito del successivo giudizio di merito, il Tribunale di Roma dichiarava la non escutibilità della fideiussione per cause di forza maggiore, in ragione delle quali la (omissis) era incorsa nell'impossibilità di adempiere agli obblighi assunti.

La Corte d'Appello di Roma accoglieva l'appello proposto dall'A.G.E.A. e, riformando la sentenza di primo grado, dichiarava l'escutibilità della fideiussione da parte dell'A.G.E.A. stessa.

3. Al ricorso per cassazione, affidato a sette motivi, ha resistito con controricorso l'AGEA - Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si deduce "nullità della sentenza e del procedimento, per violazione degli artt. 291, 324, 330, 331 e 358 c.p.c.", in relazione all'art. 360 n. 4 cod. proc. civ."

Il motivo si duole che l'ordine di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 cod. pro. civ., adottato dalla Corte capitolina con l'ordinanza di rimessione sul ruolo del 29 maggio 2008, sarebbe stato eseguito dall'A.G.E.A. con una notificazione che sarebbe stata inesistente nei confronti dell' (omissis) s.p.a.,

che era stato parte del giudizio in primo grado ma nei cui confronti l'appello non era stato proposto.

L'inesistenza, come emergerebbe dalla copia autentica della relata di notificazione, che si dice depositata in originale nel fascicolo di appello dell'A.G.E.A. e che viene depositata in copia autentica in questa sede, si sarebbe configurata perché la notificazione sarebbe stata fatta presso il difensore domiciliatario in primo grado, Avvocato (omissis) (omissis) in (omissis) <<a mani di una tale, e non conosciuta, " (omissis) ">>, mentre il medesimo aveva eletto il domicilio in quella via non al n. 20, ma al civico n. 10, come emergeva dalla sentenza del Tribunale, che pure si produce, nonché dalla procura alle liti per atto notar (omissis) di (omissis), a suo tempo depositata in primo grado, unitamente alla comparsa di risposta depositata nel giudizio di merito successivo alla fase cautelare. L'elezione di domicilio era stata enunciata sia nell'epigrafe della comparsa di risposta della fase cautelare, sia in quella depositata nel giudizio di merito, sia nell'intestazione del fascicolo depositato davanti al Tribunale.

A sostegno della dedotta inesistenza della notificazione si evoca giurisprudenza di questa Corte, secondo cui la notificazione sarebbe inesistente quando la notifica è eseguita in luoghi o nei confronti di persone non aventi relazione con il destinatario perché a lui totalmente estranei.

Si deduce, quindi, che la Corte territoriale, non avvedendosi del contenuto della notificazione, sarebbe incorsa in un errore di fatto, che si dice nel ricorso oggetto anche di giudizio di revocazione ai sensi del n. 4 dell'art. 395 cod. proc. civ., ma che, per il caso che tale errore non sussista, si prospetta come vizio della sentenza, assumendo che in presenza del vizio della notificazione la Corte romana non avrebbe potuto dichiarare la contumacia dell'Istituto, ma avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità dell'appello, tenuto conto che Essa aveva ritenuto l'Istituto litisconsorte necessario processuale.

Su queste basi si chiede la cassazione senza rinvio della sentenza con declaratoria di inammissibilità dell'appello.

1.1. Il motivo è privo di fondamento.

Lo è innanzitutto là dove evoca la categoria della inesistenza, atteso che recentemente le Sezioni Unite:

1) dopo avere in linea generale affermato che <<l'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità. Tali elementi consistono: a) nell'attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; b) nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento (in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, "ex lege", eseguita), restando, pertanto, esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, così da dover reputare la notificazione meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa.>>;

2) hanno statuito che <<il luogo in cui la notificazione del ricorso per cassazione viene eseguita non attiene agli elementi costitutivi essenziali dell'atto, sicché i vizi relativi alla sua individuazione, anche quando esso si riveli privo di alcun collegamento col destinatario, ricadono sempre nell'ambito della nullità dell'atto, come tale sanabile, con efficacia "ex tunc", o per raggiungimento dello scopo, a seguito della costituzione della parte intimata (anche se compiuta al solo fine di eccepire la nullità), o in conseguenza della rinnovazione della notificazione, effettuata spontaneamente dalla parte stessa oppure su

ordine del giudice ex art. 291 c.p.c.>> (Cass., Sez. Un., n. 14916 del 2016).

L'applicazione di tale principio esclude *in radice* che nella specie si sia potuta avere una notificazione inesistente.

1.2. La circostanza che la notificazione sia stata eseguita al civico n. 20 anziché al civico n. 10, peraltro, all'esito dell'esame, ancorché non sia questa la prospettazione del motivo e pur ipotizzando che il motivo possa comunque essere riqualificato, non risulta evidenziare come tale nemmeno una nullità della notificazione sotto quel profilo.

L'apprezzamento dell'esistenza di una nullità deve condursi, com'è noto, alla stregua dell'art. 160 cod. proc. civ.

Nella specie, l'esame della relata di notificazione di cui trattasi, che le ricorrenti hanno prodotto in copia autentica ed il cui originale si rinviene nel fascicolo di appello dell'A.G.E.A., presente nel fascicolo d'ufficio, evidenzia questi dati: *aa)* l'atto consta della citazione in appello, seguita dalla copia autentica dell'ordinanza di integrazione del contraddittorio e, quindi, dall'indicazione a stampa, sotto la dicitura "relata di notificazione", di una relata, evidentemente predisposta dal difensore richiedente la notifica, nel quale la notificazione risultava indirizzata all' (omissis) S.p.a. <<rappresentato e difeso dall'avv. (omissis), nel domicilio elettivo presso il suddetto procuratore costituito i (omissis) >>;

bb) questa relata non risulta però completata dall'attestazione di esecuzione da parte dell'Ufficiale Giudiziario, che risulta invece eseguita sull'apposito modello UNEP- Corte di Appello di Roma dall'Ufficiale Giudiziario, all'Istituto presso il suo procuratore, alla via Puccini Giacomo, 20, indirizzo indicato a stampa, <<con consegna di copia conforme all'originale a mani di persona qualificatasi, con indicazione a penna, per (omissis), recante sottostante indicazione con timbro "Segretaria dello Studio", seguita dal timbro dell'ufficiale giudiziario e dalla sua firma;

cc) il timbro indicante la qualità della consegnataria ha lo stesso colore di quello che indica le generalità dell'ufficiale giudiziario e la sua qualifica.

1.2.1. Quanto attestato dall'ufficiale giudiziario, se ricollegato alla relata non completa estesa in precedenza, che è riferibile alla difesa erariale che predispose l'atto, induce innanzitutto il rilievo che, dovendosi tale relata intendere come espressiva di una richiesta di notificazione indirizzata all'ufficiale giudiziaria con indicazione del numero civico corretto, palesa in primo luogo che l'indicazione erronea del numero civico presente nella relata predisposta dall'ufficiale giudiziario, non è frutto di un errore della difesa erariale, bensì dell'ufficiale giudiziario, a meno di ritenere che nell'attività orale di richiesta al medesimo non sia stato indicato il numero civico sbagliato. Peraltro, la relata non riempita non risulta sottoscritta e, dunque, potrebbe essere accaduto che nella richiesta orale si sia indicato il civico n. 20 come indirizzo non per errore, bensì perché risultava un trasferimento dal n. 10 al n. 20. Anche se la difesa erariale non l'ha sostenuto in questa sede, avendo addotto un *error calami* dell'ufficiale giudiziario.

La relata, peraltro, attesta che l'atto venne consegnato a (omissis) (omissis) nella qualità di segretaria di studio e, dunque, di segretaria dello studio del difensore presso il quale la notifica doveva eseguirsi.

Tale attestazione implica che l'ufficiale giudiziario ha ricevuto da quella persona la dichiarazione di ricezione in consegna come segretaria dello studio del difensore cui l'atto venne indirizzato. L'aver la persona fatto questa dichiarazione all'ufficiale giudiziario è coperto dall'efficacia fino a querela di falso.

E' vero che non meno coperta da tale efficacia è l'attestazione che la notificazione venne eseguita al civico n. 20, salva la dimostrazione che quel numero venne scritto per errore.

1.2.2. Ora nella descritta situazione risulta coperta dall'efficacia propria dell'atto pubblico l'attestazione che l'ufficiale giudiziario eseguì

la notificazione dell'atto al civico n. 20 e che ivi la persona che ricevette la consegna dichiarò di essere segretaria di studio del difensore presso cui la notificazione era stata indirizzata.

La copertura propria dell'atto pubblico non riguarda certamente né che in quel luogo vi fosse lo studio del detto difensore né che la persona ricevente fosse la sua segretaria.

L'inesistenza dello studio al civico n. 20, peraltro, ai fini della censura di cui al motivo, bene avrebbe potuto e dovuto farsi constare dalle ricorrenti, che avrebbero potuto farlo depositando certificazione relativa all'iscrizione del difensore all'albo di pertinenza con indicazione del civico al n. 10 anziché al n. 20 al momento della notificazione: infatti, al di là della indicazione nell'elezione di domicilio in primo grado al civico n. 10 nulla può escludere che quel difensore si fosse trasferito al civico n. 20 e nemmeno - tenuto conto che la relata non riempita di cui si è detto non è sottoscritta dal difensore che redasse l'atto - che quando l'atto venne consegnato si sia chiesto all'ufficiale giudiziario di notificare al civico n. 20. Sebbene ciò, come pure s'è detto, non sia stato allegato dalla difesa erariale, circostanza che, peraltro, nell'apprezzamento del motivo in esame, che deve avvenire per come proposto, non è decisiva.

La falsità della dichiarazione della ricevente di essere segretaria dello studio del difensore destinatario avrebbe potuto, invece, in quanto non coperta quanto al c.d. intrinseco, cioè non alla dichiarazione, ma alla sua verità, dimostrarsi con la semplice indicazione di elementi idonei ad evidenziarlo, come il fatto che segretario o segretaria di studio era al momento della notifica un'altra persona.

Gli elementi nell'uno e nell'altro senso, in quanto funzionali ad evidenziare la dedotta nullità della notificazione e, quindi, la conseguente nullità della sentenza impugnata, siccome pronunciata per effetto della pretesa nullità e della mancata rilevazione da parte del giudice d'appello, bene avrebbero potuto dedursi ai sensi dell'art. 372, primo comma, cod. proc. civ.

Le ricorrenti, invece, hanno fondato la loro doglianza sulla mera evidenziazione del dato relativo al numero civico, che di per sé, come s'è visto, si presta alle considerazioni che precedono.

Si ricorda, in proposito, che è stato statuito che: «Poiché la relata di notifica costituisce un atto pubblico, in quanto proviene da un pubblico ufficiale nell'Esercizio delle sue funzioni, le attestazioni di essa, inerenti alle attività direttamente svolte dall'ufficiale giudiziario, e al contenuto estrinseco delle dichiarazioni da lui ricevute, fanno piena prova fino a querela di falso, mentre le altre attestazioni, relative a circostanze non direttamente percepite da lui ma venute a sua conoscenza attraverso dichiarazioni di terzi, quali, ad esempio, la sede della società destinataria della notificazione e la qualità della persona consegnataria dell'atto, fanno fede fino a prova contraria, sicché, in relazione a queste ultime, la parte interessata può fornire la prova della loro intrinseca inesattezza con tutti i mezzi consentiti, senza dover ricorrere alla querela di falso» (Cass. n. 5040 del 1987).

1.3. Il primo motivo è, per le gradate ragioni esposte, disatteso.

2. Il secondo motivo deduce nuovamente "nullità della sentenza e del procedimento, per violazione degli artt. 291, 324, 330, 331 3 358 c.p.c.", in relazione all'art. 360 n. 4 cod. proc. civ.", ma lo fa sostenendo che parimenti viziato sarebbe stato il procedimento notificatorio effettuato questa volta, sempre a seguito dell'ordinanza di integrazione del contraddittorio, al Fallimento della ^(omissis).

Si sostiene, in particolare: a1) che all'udienza del 28 novembre 2008, per la quale era stato il rinvio in funzione dell'esecuzione della disposta integrazione del contraddittorio, il difensore dell'appellante aveva allegato che la notificazione non era andata a buon fine e chiesto, depositando la relativa relata, un nuovo termine, che gli era stato concesso fino al 31 marzo 2009 per l'udienza del 17 luglio 2009; b1) che in tal udienza il detto difensore aveva chiesto il rinvio per precisazione delle conclusioni, che era stato disposto per l'udienza del 1° aprile 2011, nella quale invece il medesimo difensore aveva chiesto

ed ottenuto nuovo termine, con rinvio all'udienza del 7 ottobre 2011; c1) che in tale udienza il difensore aveva depositato atto notificato, adducendo che la notifica non era andata a buon fine e, nuovamente aveva ottenuto altro termine per l'udienza del 4 maggio 2012, nella quale erano state precisate nuovamente le conclusioni.

Si deduce, quindi, che l'ordine di integrazione del contraddittorio non sarebbe stato correttamente eseguito, perché (l'ennesima) richiesta di un nuovo termine per procedere alla rinnovazione della notifica sarebbe stata avanzata dall'AGEA solo all'udienza del 1° aprile 2011 successiva a quella del 17 luglio 2009, in cui invece aveva direttamente chiesto la precisazione delle conclusioni. Non essendo stato osservato il termine concesso all'udienza del 28 novembre 2008 ed essendo stato chiesto un rinvio per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 17 luglio 2009, in tale udienza la Corte romana avrebbe dovuto rilevare che non vi era stata ottemperanza al nuovo ordine di integrazione ed in considerazione di ciò dichiarare inammissibile l'appello, onde erroneamente all'udienza del 1° aprile 2011 aveva concesso un nuovo termine.

Anche in questo caso si fa riserva di dedurre il vizio ai sensi dell'art. 395 n. 4 cod. proc. civ., ma lo si prospetta in questa sede come vizio della sentenza nei termini dell'intestazione.

2.1. La prospettazione di cui al secondo motivo è relativa ad un vizio della sentenza impugnata, che, per un verso concerne il rapporto processuale in quanto coinvolgente il Fallimento della (omissis), per altro verso, all'interno di esso afferisce ad una nullità relativa solo a detta curatela.

2.2. Il motivo pone questa Corte nella condizione di dover rilevare che la domanda della (omissis) allora *in bonis*, dapprima prospettata con il ricorso ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. e, quindi, fatta valere con l'atto introduttivo del giudizio di merito, a seguito della concessione del provvedimento in sede di reclamo, non avrebbe potuto proporsi, a

differenza di quella introdotta in sede cautelare e poi in sede di merito dall'allora (omissis) s.p.a.

Queste le ragioni.

2.2.1. Dall'esame del fascicolo d'ufficio del giudizio presso la Corte d'Appello e particolarmente dal fascicolo relativo al giudizio svoltosi davanti al Tribunale di Roma in primo grado (cui la Corte procede scrutinando una questione di violazione di norme del procedimento), emerge che in esso è contenuto il ricorso ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., con cui la vicenda processuale ebbe inizio.

Tale ricorso venne proposto nell'interesse della Distillerie (omissis) s.p.a. e della s.p.a. (omissis) e contro il "Ministero delle Risorse Agricole, Alimentari e Forestali-A.I.M.A. Azienda di Stato per gli Interventi nel Mercato Agricolo, nonché "nei confronti" dell' (omissis) (omissis) s.p.a., con la richiesta in via principale di inibire all'A.I.M.A. l'incameramento sulla base della fideiussione n. 23 del 18 febbraio 1991, emessa dal detto istituto, il pagamento della somma di allora £ 9.052.761.780, richiesta dall'A.I.M.A. in forza della stessa fideiussione e ciò per svariate ragioni, inerenti alla invalidità della fideiussione e/o all'estinzione della stessa e comunque al difetto dei presupposti per la sua escussione.

Dalla lettura del ricorso emerge che la (omissis) giustificò la sua legittimazione individuando il diritto cautelando: 1a) con la deduzione della stipulazione di un contratto di garanzia in relazione alla vendita comunitaria fra essa deducente, il detto Istituto e l'A.I.M.A.; 1b) e con quella della illegittimità della richiesta dell'A.I.M.A. di escussione della garanzia.

In tal modo, la *causa petendi* individuatrice del diritto cautelando venne indicata nell'esistenza del rapporto trilatero di costituzione della garanzia e nell'illegittimità della pretesa dell'A.I.M.A. di valersi della garanzia. Riguardo a tale domanda il fatto stesso che l'accertamento del diritto cautelando venne richiesto nei confronti delle tre parti del rapporto rendeva la domanda oggetto di una situazione di litisconsorzio

iniziale necessariamente unitario, essendo richiesto l'accertamento nel contraddittorio di tutte e tre le parti del rapporto.

Tale caratteristica si perpetuò per tutto il successivo svolgimento processuale, assegnando in sede di impugnazione al rapporto processuale natura inscindibile, correttamente poi rilevata dalla Corte territoriale.

Sempre dalla lettura del ricorso d'urgenza emerge che la legittimazione in senso sostanziale, cioè il diritto cautelando, venne indicata dalla (omissis), nell'intestazione del ricorso, esclusivamente nella situazione di <<azionista unica e di società madre e capogruppo della (omissis) s.p.a>> e, quindi, motivata - pag. 45 - nella ripercussione su di essa, in ragione di quella qualità, del pregiudizio lamentato dalla (omissis) per effetto dell'esclusione della garanzia.

2.2.2. Rileva il Collegio che la legittimazione sostanziale della (omissis) non risultava motivata dall'individuazione dell'esistenza di un diritto della medesima originante dal rapporto trilatero dedotto dall'altra ricorrente. La (omissis) fece valere soltanto un pregiudizio ad un interesse di mero fatto, discendente dall'essere essa azionista unico e capogruppo della (omissis). Tale interesse, certamente aveva come presupposto sia la partecipazione azionaria sia la conseguente situazione di controllo sulla (omissis), ma i comportamenti oggetto dell'inibitoria non risultavano in alcun modo incidente sulle situazioni giuridiche in cui la partecipazione ed il controllo si esprimeva. Risultavano solo, per il tramite dell'incidenza sulla situazione patrimoniale della (omissis), suscettibili di arrecare - in via però di mero fatto - nocumento al valore della partecipazione del controllo.

D'altro canto, nel ricorso non veniva descritta una fattispecie di agire dell'A.I.M.A. riconducibile alla *lex aquila*: sotto tale profilo nel ricorso non vi era alcuna enunciazione di un preteso fatto ingiusto come tale rilevante rispetto alla situazione giuridica di controllo della (omissis) ed idoneo a recare danno alla stessa, per intendersi sotto la specie della

al

c.d. lesione del credito espresso nella situazione di controllo da parte della terza A.I.M.A.

La ^(omissis), dunque, fece valere un diritto del quale non allegò in alcun modo i fatti costitutivi, tanto che esso nemmeno risultava identificato e configurato anche in astratto esistente, e tanto avrebbe dovuto rilevarsi dai giudici della fase cautelare.

2.2.3. Sia il giudice monocratico, che negò il provvedimento d'urgenza, sia il giudice collegiale che lo concesse, in alcun modo si posero il problema della legittimazione sostanziale della ^(omissis), della quale si disinteressarono.

Lo si rileva dai due provvedimenti, che si rinvencono il primo nel fascicolo di parte della difesa erariale, il secondo in quello dell'allora ^(omissis), presenti nel fascicolo d'ufficio del giudizio di appello.

2.2.4. Si rileva ancora che nella citazione introduttiva del giudizio di merito, successiva al provvedimento emesso in sede di reclamo e presente nel fascicolo della difesa erariale sempre rinvenuto nel fascicolo d'ufficio del giudizio di appello, viene nuovamente indicata nell'intestazione la qualità in cui agisce la ^(omissis), ma nella lunga esposizione non si spende nemmeno una parola per giustificare *in iure* la legittimazione, se si eccettua un generico rinvio (al paragrafo finale, il V) alle azioni di merito individuate nel ricorso ai sensi dell'art. 700.

2.2.5. Si evidenzia, poi, che nemmeno la sentenza di primo grado, presente nel fascicolo d'ufficio della Corte capitolina, risulta aver dedicato alcuna considerazione alla legittimazione della ^(omissis), pur avendo poi dichiarato la contumacia della relativa curatela fallimentare a seguito dell'interruzione del processo e della riassunzione.

2.3. Si palesa a questo punto che nei giudizi di primo grado si trovarono incardinate due domande, l'una, trilatera, introdotta dalla ^(omissis) contro l'A.I.M.A. e l' ^(omissis), l'altra, quadrilatera, introdotta dalla ^(omissis) riguardo al rapporto oggetto della domanda della ^(omissis), nei confronti di essa e delle altre due parti.

Ognuna delle due domande realizzava un litisconsorzio unitario e, dunque, per come incardinato, necessario, ma i relativi litisconsorzi, posti in relazione tra loro diedero luogo ad un cumulo di domande collegate da mera connessione per il titolo e proposte congiuntamente da due distinte parti, la (omissis) e la (omissis).

2.4. In sede di impugnazione le due domande diedero origine ad un cumulo di due cause fra loro scindibili e, quando, la Corte rilevò che non era stata assicurata la partecipazione al giudizio né dell' (omissis)

(omissis) né del Fallimento (omissis) evocando giurisprudenza sul litisconsorzio necessario processuale concernente le obbligazioni solidali, comunque, al di là dell'assenza di qualsiasi vincolo dell'ordinanza, in quanto la sua ritualità non ha dato luogo a controversia e, quindi, a decisione nella sentenza qui impugnata, ove avesse inteso qualificare il detto cumulo fra due distinte azioni, reputando – parrebbe: l'ordinanza non reca alcuna spiegazione – in sostanza che le due società avessero chiesto l'adempimento di un obbligo di non escutere la polizza assumendone la contitolarità attiva, sebbene per *causae obligandi* distinte, e dunque, reputando una solidarietà attiva, la Corte avrebbe errato.

Ciò, per la ragione che il diritto di ognuna delle due società originava da pretesi fatti costitutivi distinti e solo, come si è detto, all'interno di ognuna delle due domande, sussisteva litisconsorzio unitario, a tre fra (omissis), (omissis) e A.I.M.A., a quattro fra tali soggetti e la (omissis).

L'inscindibilità, indipendentemente da cosa e da come l'abbia supposta la Corte capitolina, concerneva in realtà da un lato e separatamente la domanda proposta dalla (omissis) e dall'altro quella Proposta dalla (omissis). Contraddittore necessario della prima era l'Istituto e nei suoi confronti bene venne ordinata l'integrazione. Contraddittori necessari della seconda erano sia l'Istituto sia la (omissis) ed altrettanto bene venne ordinata l'integrazione del contraddittorio.

A questo punto si rileva che la sentenza impugnata non ha in alcun modo svolto anch'essa affermazione alcuna, che possa aver dato luogo a giudicato interno, sull'esistenza della legittimazione sostanziale della (omissis), ora Curatela fallimentare, quanto alla domanda per come spiegata.

2.5. In tale situazione, viene in rilievo, il principio di diritto secondo cui, <<**A norma dell'art. 382, ultimo comma, cod. proc. civ., va disposta la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata ove si accerti il difetto di legittimazione dell'attore, che toglie in radice ogni possibilità di prosecuzione dell'azione**>> (Cass. sez. un. n. 1912 del 2012).

L'applicazione di tale principio impone a questa Corte di rilevare che fin dall'inizio del giudizio la (omissis) aveva proposto una domanda con una prospettazione che, secondo l'ordinamento, cioè le norme astratte, non la legittimava a chiedere, nella qualità di azionista unico e di controllante, come capogruppo, la (omissis), l'accertamento dell'inesistenza del diritto dell'A.I.M.A. di escutere la polizza fideiussoria.

Quella qualità si sostanziava, infatti, al livello stesso dell'allegazione, in una situazione di mero fatto, priva di collegamenti giuridici con le situazioni giuridiche insorte per effetto della stipulazione da parte della (omissis) della fideiussione e del relativo svolgimento di quella vicenda contrattuale.

Poiché quella situazione meramente fattuale non individuava alcun diritto astrattamente configurabile per giustificare anche *in thesi* l'azione esercitata, la domanda della (omissis) risultava, in quanto basata su un pregiudizio di mero fatto, non proponibile.

Ciò è tanto vero, che la (omissis) nemmeno avrebbe potuto eventualmente ingerirsi, facendo valere il pregiudizio di fatto, nel processo intentato dalla (omissis) per il tramite di un intervento c.d. adesivo dipendente ai sensi dell'art. 105 cod. proc. civ., atteso che quel tipo di intervento suppone appunto che il terzo sia titolare di una situazione soggettiva giuridicamente dipendente da quella dedotta nella

causa principale, cosa che non era ravvisabile nella specie sulla base del pregiudizio meramente fattuale. Tanto consente di escludere anche che il congiunto agire della (omissis) e della (omissis) si potesse connotare come litisconsorzio iniziale creato dal titolare del rapporto pregiudicante e dal terzo titolare del rapporto pregiudicato.

Ne consegue che, nella descritta situazione processuale, la Corte deve in questa sede ravvisare, riguardo al rapporto processuale quadrilatero originato dalla domanda della (omissis), l'esistenza della situazione supposta dall'art. 382, terzo comma, cod. proc. civ., là dove fa riferimento alla circostanza che la domanda non poteva essere proposta.

Infatti, in quanto esercitata solo sulla base della scarna deduzione della situazione fattuale di controllo e, dunque, di un mero pregiudizio ad essa e non ad una situazione giuridica, la domanda della (omissis) non faceva valere un "diritto" ai sensi dell'art. 99 cod. proc. civ.

Ne consegue che la sentenza impugnata dev'essere cassata senza rinvio quanto al rapporto processuale in questione.

Ciò, sulla base del seguente principio di diritto: **<<qualora una società, di cui altra società sia unico azionista e società capogruppo, abbia stipulato una polizza fideiussoria ed insorga controversia sulla sua validità e azionabilità fra le parti del rapporto fideiussorio, la società unica azionista e capogruppo non è titolare in astratto di alcun diritto per pretendere che venga inibito al creditore di escutere la fideiussione, in quanto la situazione di controllo azionario non dà luogo ad un rapporto di dipendenza giuridica rispetto alla vicenda del rapporto fideiussorio e, quindi, ad un diritto azionabile rispetto ad esso, ma solo ad un interesse di fatto, che, come tale non evidenzia un diritto azionabile e nemmeno la titolarità di un rapporto giuridico dipendente (che, in un giudizio fra le parti della fideiussione, legittimerebbe un intervento adesivo dipendente ai sensi dell'art. 105, secondo comma, cod. proc. civ.) oppure una**