

377 2018



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

NAPPI ANIELLO
MARULLI MARCO
MERCOLINO GUIDO
LAMORGESE ANTONIO PIETRO
DOLMETTA ALDO ANGELO

Presidente
Consigliere
Consigliere
Consigliere
Consigliere - Rel.

Oggetto

Atti estranei
all'oggetto sociale

Ud. 31/05/2017 CC
Cron. 377
R.G.N. 8207/2013

ORDINANZA

sul ricorso 8207/2013 proposto da:

(omissis) - (omissis) , già (omissis)
(omissis) - (omissis) - soc. coop., in
persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in (omissis) , presso l'avvocato (omissis)
(omissis), rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis) ,
giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Fallimento (omissis) società consortile a r.l. -

- intimato -

C.U.C.I.

ORD.
672
2017

Λ.

nonché contro

Fallimento (omissis) società consortile a r.l. - (omissis) (omissis)
(omissis)) in liquidazione, in persona
del curatore dott. (omissis) , elettivamente domiciliato in (omissis)
(omissis) , presso l'avvocato (omissis) , come
rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis) , giusta procura
in calce al controricorso e ricorso incidentale;

-controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

(omissis) soc. coop., già (omissis)
(omissis) - soc. coop., in
persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in (omissis) , presso l'avvocato (omissis)
(omissis), rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis) ,
giusta procura a margine del ricorso principale;

-controricorrente al ricorso incidentale-

avverso la sentenza n. 219/2012 della CORTE D'APPELLO di
VENEZIA, depositata il 02/02/2012;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
31/05/2017 dal cons. ALDO ANGELO DOLMETTA (est.).

FATTO E DIRITTO

1.- (omissis) ricorre per cassazione nei confronti del Fallimento
(omissis) , svolgendo quattro motivi avverso la sentenza resa
dalla Corte di Appello di Venezia in data 2 febbraio 2012.

Con tale pronuncia la Corte veneziana ha parzialmente riformato la decisione assunta dal Tribunale di Rovigo n. 723/2006, che aveva per intero accolto le richieste dal Fallimento formulate in sede di giudizio di opposizione all'esclusione dallo stato passivo instaurato dalla Banca.

In particolare, la Corte d'Appello ha, da un lato, confermato l'indicata esclusione del credito preteso dalla Banca a titolo di fideiussione prestata dalla Società *in bonis*, ritenuta emessa in violazione dell'art. 2384 cod. civ., vigente all'epoca dei fatti (2000). Dall'altro, ha accolto la richiesta della prima sulla non ripetibilità delle somme che – prima della sentenza dichiarativa – la Società aveva già corrisposto alla Banca per la detta ragione.

Il Fallimento resiste al ricorso della Banca e deposita apposito controricorso con adietto ricorso incidentale, che svolge un motivo di cassazione al riguardo. In replica, la Banca ha depositato un controricorso a ricorso incidentale.

Entrambe le parti hanno provveduto a depositare, altresì, memorie ex art. 380 *bis* cod. proc. civ.

2.- I motivi esposti nel ricorso principale denunciano i vizi qui di seguito richiamati.

Il primo motivo deduce, in particolare, «erronea e contraddittoria motivazione su un fatto decisivo per il giudizio – mancata proposizione e riproposizione di eccezioni, domande e questioni rigettate in prime cure -. Violazione artt. 112, 346 e 329, comma 2, cod. proc. civ.».

Il secondo motivo assume, a sua volta, «erronea e contraddittoria motivazione su un fatto decisivo per il giudizio - mancata riproposizione eccezioni, domande e questioni, rigettate in prime cure, a mezzo appello incidentale - Violazione artt. 112, 346 e 329, comma 2, cod. proc. civ. - ultrapetizione - giudicato interno».

Il terzo motivo lamenta, poi, «violazione art. 2384, comma 2, cod. civ., illogicità della motivazione e/o contraddittorietà circa un fatto decisivo per il giudizio - erronea valutazione prove testimoniali - violazione art. 116 cod. proc. civ.».

Il quarto motivo rileva, altresì, «violazione artt. 1398, 1399 e 2384 cod. civ. omessa, inesistente e/o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia».

3.- Il motivo di ricorso incidentale riscontra, da parte sua, «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 67, comma 2, legge fall.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2033 cod. civ. o, in via subordinata, dell'art. 2041 cod. civ. (art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.)».

4.- Il primo e il secondo motivo del ricorso principale vanno trattati congiuntamente, in ragione della loro sostanziale omogeneità.

Gli stessi assumono, infatti, che il Fallimento non abbia riproposto - nell'ambito del giudizio di appello - l'eccezione di estraneità della fideiussione sottoscritta dalla Società *in bonis* all'arco dei poteri dal suo statuto assegnati al presidente del consiglio di amministrazione, che pure era stata rilevata nel giudizio avanti al Tribunale. Secondo il ricorrente, la rilevazione della Corte - che ha tenuto comunque conto dell'eccezione in questione - viola il precetto dell'art. 346, nonché quello dell'art. 329 cod. proc. civ., con connessa violazione del giudicato interno, che nel frattempo era venuto a formarsi (primo

motivo); la stessa – aggiunge il ricorrente – incontra inoltre il vizio di ultrapetizione (secondo motivo). Per concludere che sarebbe occorsa, al riguardo, la proposizione di un appello incidentale.

5.- Il primo motivo e il secondo motivo del ricorso principale non possono essere accolti.

In proposito, va rilevato che gli stessi – seppure iscritti nel vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. – non riguardano in realtà un difetto di motivazione (su punto decisivo della controversia), bensì una questione di diritto, come legata alla necessità o meno di riproposizione di un'eccezione nell'ambito del vigente sistema processuale.

Pure va rilevato, poi, che l'esito del giudizio svoltosi avanti al Tribunale aveva visto accolto in modo integrale le richieste formulate dal Fallimento, attraverso un percorso diverso da quello di cui alla norma dell'art. 2384 cod. civ. (versione vigente all'epoca), ma equivalente allo stesso quanto a profilo effettuale. La fattispecie in esame integra dunque quella della parte totalmente vittoriosa nel grado precedente. E, secondo l'orientamento di questa Corte, «la parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, difettando di interesse al riguardo, non ha l'onere di proporre, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, appello incidentale per richiamare in discussione "le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado", da intendersi come quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite» (cfr. da ultimo Cass., 28 novembre 2016, n. 21124).

Può altresì rilevarsi che comunque, sempre secondo l'orientamento di questa Corte, «in tema di appello, la presunzione di rinuncia alle domande ed eccezioni non accolte in primo grado, sancita dall'art.

346 cod. proc. civ., non è impedita da un richiamo, del tutto generico, agli atti di quel grado, così da tradursi in una mera formula di stile, ma, ove ciò non sia accaduto e l'appellato abbia soltanto ommesso di riproporre espressamente una determinata domanda, occorre tenere conto dell'intero contenuto delle sue difese e della posizione da lui complessivamente assunta, sicché quando questi, con qualsiasi forma, abbia evidenziato la sua volontà di mantenere comunque ferma la propria domanda, sollecitando il giudice di secondo grado a decidere in merito, va escluso che vi abbia rinunciato» (Cass., 11 gennaio 2003, n. 413). Né pare possibile nutrire dubbi sull'intendimento dell'appellato Fallimento, viste le conclusioni da questo formulate nel giudizio di appello («nel merito, respingere il ricorso ex art.98 ... in quanto assolutamente infondato in fatto e in diritto per i motivi tutti indicati in narrativa»; v. p. 6 sentenza impugnata).

5.- Il terzo motivo del ricorso principale, pure iscritto nel vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., rileva, in sostanza, che la Corte di Appello non ha letto con esattezza e coerenza le prove testimoniali assunte circa il punto dell'«intenzionalità dell'agire pregiudizievole che deva animare il terzo» che contratta con l'amministratore privo di poteri, ai sensi del comma 2 dell'art. 2384 (testo allora vigente) cod. civ.

Il motivo è inammissibile.

In effetti, lo stesso viene a richiedere un nuovo esame del materiale probatorio. Che è esame per contro precluso all'accertamento di questa Corte, se risulta plausibile la motivazione adottata al riguardo (come senz'altro avviene nel caso in esame, poste in specie il rilievo

dato alle dichiarazioni dall'allora presidente del consiglio di amministrazione della Società *in bonis*).

6.- Il quarto motivo del ricorso principale assume che «erroneamente la Corte di Appello di Venezia ha rigettato l'eccezione di ratifica della fideiussione» che sarebbe stata operata dalla Società *in bonis*. E afferma che, al riguardo, una lettera inviata dalla Società alla Banca nell'ottobre 2000 «riconosceva espressamente l'esistenza della fideiussione prestata».

Il motivo è inammissibile.

Lo stesso chiede un nuovo riesame del merito, *sub specie* di nuova valutazione delle prove offerte. Del resto, la plausibilità della motivazione portata dalla Corte territoriale appare sicura («la lettera del 16.10.2000, che pur contestava la operatività della fideiussione, proviene solo dal presidente del consiglio di amministrazione, mentre ai sensi dell'art. 17 dello Statuto l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società al Consiglio»).

7.- Il motivo proposto dal ricorso incidentale investe il pagamento parziale che la Società allora *in bonis* aveva effettuato nei confronti della Banca. Pagamento che è avvenuto a seguito di decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, che era stato ottenuto dalla Banca.

Constatato che il Fallimento aveva esercitato azione di ripetizione di indebito oggettivo, la Corte territoriale la ha respinta rilevando che il detto pagamento è stato compiuto «in forza di valido titolo giudiziale, che lo aveva reso coattivo, sul quale non aveva ragione di incidere la sopravvenuta procedura concorsuale, se non ai fini ... della revocatoria»; e aggiungendo che «nessuna rilevanza ha il fatto che l'ingiunzione», al momento di apertura della procedura, sarebbe

divenuta inopponibile, in quanto non è del provvedimento giudiziale che deve essere valutata la efficacia nel momento in cui la procedura concorsuale si aprì, ma dell'atto solutorio effettuato prima di essa, il quale risultava dovuto e anzi coattivamente imposto».

A petto di tale rilevazione il motivo afferma che la Corte di Appello ha errato, perché nella specie si è trattato di un «decreto ingiuntivo non ancora divenuto definitivo al momento della dichiarazione di fallimento» e, dunque, solo provvisorio e precario. Da ciò facendo conseguire, per l'appunto, l'inopponibilità del decreto ingiuntivo alla procedura.

8.- Il motivo è fondato.

Posta l'inefficacia della fideiussione ex art. 2384 cod. civ., che la sentenza della Corte territoriale ha riscontrato, questa non può costituire valido titolo per un pagamento (parziale, non meno che se fatto per l'intero). Esso, dunque, rientra di per sé stesso nell'ambito dell'area coperta dalla normativa dell'indebito, là dove l'azione revocatoria per definizione suppone la sussistenza di un titolo valido per il pagamento che sia stato effettuato (ed è diretta alla caducazione della sua efficacia a mezzo della pronuncia che la venga ad accogliere).

D'altra parte, è indirizzo acquisito di questa Corte che – nel caso di decreto ingiuntivo non ancora diventato definitivo al momento della dichiarazione fallimentare, secondo quanto avvenuto nel caso di specie – «il pagamento ricevuto dal creditore in forza della provvisoria esecuzione di quel decreto non trova più alcuna giustificazione, né nel titolo, divenuto inefficace, né nel credito, contestato e non accertato» (Cass., 12 febbraio 2013, n. 3401).

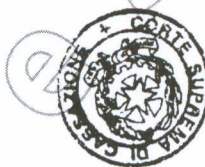
9.- In conclusione, va respinto il ricorso principale. Va invece accolto il ricorso incidentale e conseguentemente cassata la sentenza impugnata in relazione al profilo dedotto dal motivo che è stato svolto al riguardo, con rinvio della controversia per tale profilo alla Corte di Appello di Venezia, che in diversa composizione, deciderà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale. Accoglie il ricorso incidentale e cassa la sentenza impugnata con riferimento al punto così dedotto, con rinvio della controversia alla Corte di Appello di Venezia che, in diversa composizione, deciderà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione civile, addì 31 maggio 2017.

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa *Fabrizia BARONE*



Il Presidente

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Il 10 GEN 2018

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa *Fabrizia Barone*