

Cassazione civile sez. I - 02/03/2023, n. 6324

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CRISTIANO Magda - Presidente -  
Dott. VANNUCCI Marco - Consigliere -  
Dott. MERCOLINO Guido - Consigliere -  
Dott. ABETE Luigi - rel. Consigliere -  
Dott. VELLA Paola - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso n. 3162 - 2018 R.G. proposto da:

(Omissis) nell'(Omissis) - c.f. (Omissis) - in persona del legale  
rappresentante C.S., C.S. (in  
proprio) - c.f. (Omissis) - elettivamente domiciliati in Roma, alla  
piazza del Fante, n. 2, presso lo studio dell'avvocato Palmieri  
Paolo che li rappresenta e difende in virtù di procura speciale in  
calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

CURATORE del fallimento dell'(Omissis) nell'(Omissis), in persona  
del Luca, elettivamente domiciliato in Roma, alla  
via Antonio Mordini, n. 14, presso lo studio dell'avvocato Spinoso  
Antonino che lo rappresenta e difende in virtù di procura speciale  
in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 6934 - 19.9/2.11.2017 della Corte d'Appello di  
Roma;

udita la relazione nella camera di consiglio del 14 dicembre 2022 del  
consigliere Dott. Abete Luigi.

RILEVATO IN FATTO

CHE:

1. Con atto notificato il 19.10.2007 l'(Omissis) nell'(Omissis), in persona del legale rappresentante, C.S., nonché il medesimo C.S., in proprio, citavano a comparire dinanzi al Tribunale di Roma il curatore del fallimento dell'(Omissis)", fallimento dichiarato dallo stesso tribunale con sentenza dell'11.5.1994.

Premettevano che l'"(Omissis)" il 30.12.1989 si era fuso per incorporazione nel consorzio "(Omissis)", fusione poi depositata ed iscritta il 10.3.1990.

Deducevano dunque che la sentenza che aveva dichiarato il fallimento dell'"(Omissis)", doveva reputarsi giuridicamente inesistente, siccome pronunciata nei confronti di soggetto già estinto.

Deducevano altresì che, per la medesima ragione, l'"(Omissis)" aveva in precedenza esperito opposizione avverso la sentenza dichiarativa, alla quale aveva poi rinunciato onde non ostacolare il concordato fallimentare proposto e poi omologato dal tribunale con sentenza n. 228/1998.

Chiedevano quindi dichiararsi la giuridica inesistenza della sentenza dichiarativa del fallimento dell'"(Omissis)".

2. Si costituiva il curatore del fallimento dell'"(Omissis)" soc. coop. Instava per l'inammissibilità o per il rigetto dell'avversa domanda.

3. Con sentenza n. 22491/2010 il Tribunale di Roma rigettava la domanda.

4. Proponevano appello l'"(Omissis)" soc. coop. e C.S.. Resisteva il curatore del fallimento.

5. Con sentenza n. 6934/2017 la Corte d'Appello di Roma rigettava il gravame e compensava le spese.

Premetteva la corte che l'ipotesi sostanziale la res litigiosa, contrariamente a quanto addotto dagli appellanti, non si prestava ad essere assimilata alla vocatio in ius di persona fisica già deceduta, siccome la L.Fall., artt. 10 e 11, prevedono l'ipotesi della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore defunto entro un anno dal decesso e siccome alla medesima previsione era, nella disciplina societaria antecedente alla "riforma", da ricondurre l'ipotesi della fusione societaria.

Indi esplicitava che la sentenza pronunciata oltre il decorso dell'anno L.Fall., ex artt. 10 e 11 dall'estinzione del soggetto dichiarato fallito risulta inficiata da vizio deducibile merco' la tempestiva proposizione dell'impugnazione avverso il fallimento ed in nessun modo può esser reputata inesistente, sì da rimaner esposta senza preclusioni temporali all'actio nullitatis.

Esplicitava, per altro verso, che a nulla valeva che gli appellanti avessero addotto che la proposizione dell'actio nullitatis si giustificava, siccome, a fronte dell'elevazione di imputazioni penali a carico di C.S., la pregressa - e poi mutata - elaborazione della Corte di legittimità consentiva il sindacato da parte del giudice penale in ordine ai presupposti per la dichiarazione di fallimento.

Esplicitava in particolare che nella specie non potevano invocarsi i principi in tema di rimessione in termini ex art. 184 bis c.p.c., della parte incorsa nell'inammissibilità dell'impugnazione per inosservanza di forme e termini prefigurati dall'indirizzo giurisprudenziale dapprima consolidato e poi mutato.

Esplicitava invero che gli appellanti erano ab origine portatori di un interesse giuridicamente apprezzabile ad opporsi alla dichiarazione di fallimento, sì che ben avrebbero dovuto far valere siffatto interesse merco' la tempestiva proposizione dell'azione.

Evidenziava al contempo che non vi era margine per invocare l'elaborazione giurisprudenziale in tema di "overruling" onde rimediare alle conseguenze di una strategia processuale rilevata erronea.

6. Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso l'"(Omissis)" nell'"(Omissis)" e C.S.; ne hanno chiesto, sulla scorta di due motivi, la cassazione con ogni conseguente statuizione.

Il curatore del fallimento dell'"(Omissis)" soc. coop. ha depositato controricorso; ha chiesto dichiararsi improcedibile ai sensi dell'art. 369 c.p.c., comma 2, n. 2, o rigettarsi il ricorso con il favore delle spese.

7. Il controricorrente ha depositato memoria.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

CHE:

8. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione dell'art. 2504 bis c.c. (ante "riforma"), dell'art. 161 c.p.c. e della L.Fall., art. 15.

Premettono che in epoca antecedente alla "riforma" societaria la fusione per incorporazione alla stregua del previgente art. 2504 bis c.c., realizzava una situazione corrispondente a quella della successione a titolo universale, con il subingresso della società incorporante nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi già facenti capo alla società incorporata oramai estinta.

Indi deducono che non esplica valenza la previsione della L.Fall., art. 10 e che nella specie si è al cospetto di un'ipotesi di inesistenza della sentenza, deducibile, in dipendenza della sua inidoneità al passaggio in giudicato, in ogni tempo merce' l'esercizio della generale azione di accertamento.

9. Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della Convenzione E.D.U., dell'art. 111 Cost., dell'art. 184 bis c.p.c., degli artt. 2 e 3 c.p.p. e della L.Fall., art. 1.

Deducono che di certo l'"(Omissis)" ebbe ad abbandonare il giudizio di opposizione promosso avverso la sua declaratoria di fallimento e però siffatta determinazione non poteva pregiudicare gli interessi ed i diritti dei soggetti terzi.

Deducono segnatamente che C.S. non ebbe ad impugnare per suo conto la sentenza dichiarativa siccome consapevole, alla stregua della pregressa consolidata elaborazione di legittimità, che ben avrebbe potuto il giudice penale, per le imputazioni eventualmente elevate a suo carico in correlazione con la sua qualità di amministratore del Consorzio fallito, attendere autonomamente alla verifica della legittimità del fallimento.

Deducono segnatamente che la pregressa consolidata elaborazione di questa Corte è stata poi sovvertita dalla pronuncia delle sezioni unite n. 19/2008, alla cui stregua il giudice penale non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento con riferimento al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza.

Deducedo quindi che ben avrebbe dovuto la corte distrettuale far applicazione dei principi in tema di "overruling", viepiù che, alla stregua della rimessione in termini cui la corte avrebbe dovuto far luogo, l'azione esperita ben avrebbe dovuto reputarsi tempestiva.

10. E' destituita di fondamento la pregiudiziale eccezione del controricorrente di improcedibilità del ricorso "per mancata produzione della sentenza impugnata con la relazione di notificazione" (così controricorso, pag. 3).

Invero, i ricorrenti hanno depositato in cancelleria copia autentica della sentenza impugnata corredata della relazione (e relativi allegati), ai sensi della L. n. 53 del 1994, in data 13.11.2017, della notifica a mezzo posta elettronica certificata all'avvocato Palmeri Paolo - difensore dei medesimi ricorrenti innanzi alla Corte d'Appello di Roma - con attestazione di conformità munita di sottoscrizione autografa dello stesso avvocato Palmeri Paolo.

11. L'esperito ricorso avverso la sentenza, siccome notificato in data 11/12.1.2018, è stato evidentemente proposto tempestivamente, nel rispetto del termine "breve" di sessanta giorni (nella specie, ovviamente, si esula dalla previsione della L.Fall., art. 18, comma 14 e dunque dal termine di trenta giorni quivi prefigurato).

12. Il ricorso è inammissibile limitatamente all'"(Omissis) dell'(Omissis)

Le sezioni unite di questa Corte hanno di recente puntualizzato (cfr. Cass. sez. un. 30.7.2021, n. 21970) che anche nel sistema societario successivo alla "riforma" del 2003, così come nel sistema societario antecedente alla "riforma" del 2003 (cfr. a tal ultimo riguardo Cass. sez. un. 17.9.2010, n. 19698; Cass. sez. lav. 6.3.1987, n. 2381), la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, che non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore.

Più esattamente, l'"(Omissis)", estintosi sin dagli anni 1989-1990, a seguito e per effetto della sua incorporazione nel consorzio "(Omissis)", in quanto privo di capacità di "esser parte", non avrebbe potuto proporre né l'iniziale domanda in prime cure, né l'appello alla Corte di Roma, né evidentemente il ricorso per cassazione de quo agitur (si legge testualmente nella motivazione della pronuncia n. 21970/2021 delle sezioni unite: "in conseguenza di quanto esposto, non sussiste la facoltà di intraprendere un giudizio in capo al soggetto estinto per fusione. Una società ormai estinta non è soggetto di diritti e neppure ha la capacità e la legittimazione processuale per farli valere, essendo stati trasferiti alla società incorporante o risultante dalla fusione").

13. Il primo motivo di ricorso e', limitatamente alla persona di C.S., fondato e meritevole di accoglimento; il suo buon esito assorbe la disamina del secondo motivo di ricorso.

14. Va premesso che C.S. ha senza dubbio interesse e legittimazione alla proposta actio nullitatis, siccome in dipendenza della sua incontestata veste di legale rappresentante dell'"(Omissis)" possono riverberarsi nei suoi confronti gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento (cfr. Cass. 24.9.2002, n. 13906, secondo cui l'interesse ad agire o a resistere in giudizio ex art. 100 c.p.c. deve essere apprezzato in relazione all'utilità concreta che dall'eventuale accoglimento della domanda, dell'eccezione o del gravame può derivare al proponente).

15. Ebbene, la giuridica inesistenza dell'"(Omissis)", siccome estintosi sin dagli anni 1989/1990 per effetto dell'incorporazione nel consorzio "(Omissis)", non può che aver determinato l'inesistenza della sentenza dell'11.5.1994, con cui il Tribunale di Roma ebbe a dichiarare il fallimento dello stesso "(Omissis)", sentenza, quest'ultima, che, innegabilmente, ebbe a sopraggiungere ben oltre il decorso del termine dell'anno, a far data dal periodo dicembre 1989/marzo1990, di cui ai previgenti L.Fall., artt. 10 e 11, come poi "riletti" all'esito della sentenza n. 319 del 21.7.2000 della Corte costituzionale (cfr. Cass. 11.2.1992, n. 1528, secondo cui la citazione in giudizio di una società incorporata in un'altra, è viziata da nullità assoluta rilevabile d'ufficio per inesistenza della parte convenuta, atteso che, ai sensi dell'art. 2504 c.c., l'incorporazione determina, a decorrere dall'iscrizione della fusione nel registro delle imprese, l'estinzione della società incorporata e la trasmissione di tutti i diritti e gli obblighi di quest'ultima alla società incorporante; tale nullità, estendendosi agli atti del conseguente processo, rende inesistente la sentenza, contro la quale i soggetti che vi abbiano interesse e siano legittimati, possono tuttavia proporre impugnazione ordinaria, anziché avvalersi del rimedio dell'"actio nullitatis", non escludendo il detto vizio dell'atto introduttivo del giudizio la formale sussistenza del processo e gli effetti degli atti processuali dei soggetti interessati e legittimati. Cfr. Cass. 5.10.2001, n. 12292, secondo cui, oltre all'ipotesi espressamente prevista dall'art. 161 c.p.c., comma 2 (mancanza della sottoscrizione del giudice), è possibile configurare altri casi di inesistenza della sentenza, tutte le volte che la stessa manchi di quel minimo di elementi o di presupposti che sono necessari per produrre quell'effetto di certezza giuridica che è lo scopo del giudicato, come nell'ipotesi di pronuncia resa nei confronti di soggetto deceduto prima della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio; tale inesistenza va rilevata d'ufficio e può essere fatta valere, anche al di fuori dell'impugnazione nello stesso processo, con una autonoma azione di accertamento, non soggetta a termini di prescrizione o di decadenza, ovvero con un'eccezione ed altresì in sede di opposizione all'esecuzione; Cass. sez. lav. 10.6.2004, n. 11047).

16. Su tale scorta non può che opinarsi come segue.

Da un canto, non possono essere condivise le affermazioni della corte di merito secondo cui "la sentenza di fallimento pronunciata oltre il termine di un anno dalla fusione per incorporazione giammai potrà essere addirittura ritenuta inesistente (...). E tale vizio va fatto valere attraverso la proposizione di idonea impugnativa della sentenza di fallimento. Non possono dunque gli odierni appellanti dolersi del vizio in questione con la proposizione di un'actio nullitatis al di là di ogni termine per la proposizione dell'opposizione alla declaratoria di fallimento" (così sentenza d'appello, pag. 3).

D'altro canto, va in toto recepita la prospettazione di C.S. a tenor della quale la sentenza inesistente è "insuscettibile di passare in giudicato, potendo esserne dedotto il radicale vizio in ogni sede e tempo, anche mediante un'autonoma azione di accertamento" (così ricorso, pag. 9).

Del resto, nella motivazione della pronuncia n. 1528/1992 di questa Corte si legge testualmente: "e' comunque opinione in dottrina ed in giurisprudenza che, in generale, il vizio che determina l'inesistenza giuridica della sentenza, anche se dovuto all'effetto trascinate dell'invalidità radicale del suo atto introduttivo, può essere fatto valere attraverso entrambi i rimedi dell'actio nullitatis e dell'impugnazione ordinaria, discutendosi soltanto se i rimedi siano totalmente alternativi, ovvero se il primo possa essere proposto solo una volta scaduti i termini per l'impugnazione ordinaria".

Evidentemente, scaduti i termini dell'impugnazione ordinaria, nessun ostacolo si frappone all'esperimento, senza termini, dell'actio nullitatis (cfr. Cass. (ord.) 7.2.2022, n. 3810, secondo cui la cd. inesistenza giuridica o la nullità radicale di un provvedimento avente contenuto decisorio, erroneamente emesso da un giudice carente di potere o dal contenuto abnorme, irriconoscibile come atto processuale di un determinato tipo, può essere fatta valere sia in ogni tempo, mediante un'azione di accertamento negativo, sia con i normali mezzi di impugnazione, stante l'interesse della parte ad una espressa rimozione dell'atto processuale efficace; Cass. (ord.) 28.12.2009, n. 27428).

17. In accoglimento del primo motivo di ricorso, in quanto esperito da C.S., la sentenza n. 6934/2017 della Corte d'Appello di Roma va cassata.

Non si prospetta la necessità di ulteriori accertamenti di fatto, sicché nulla osta, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2, u.p., a che la causa sia decisa nel merito, cioè con la declaratoria di inesistenza della sentenza dell'11.5.1994, con cui il Tribunale di Roma ebbe a dichiarare il fallimento dell'"(Omissis) nell'(Omissis).

18. Si giustifica l'integrale compensazione tra le parti tutte delle spese del giudizio di primo grado, del giudizio d'appello e del presente giudizio di legittimità.

Rileva in tal senso la circostanza per cui il medesimo ricorso è risultato inammissibile, in quanto proposto dall'"(Omissis)", fondato e meritevole di accoglimento, in quanto proposto da C.S. (con sentenza n. 77/2018 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 92 c.p.c., comma 2, nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe e gravi ragioni).

19. In dipendenza del buon esito del ricorso non sussistono i presupposti perché, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, il ricorrente, C.S., sia tenuto a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione a norma del medesimo D.P.R. art. 13, comma 1 bis.

20. Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dell'"(Omissis) nell'(Omissis), di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso ai sensi del D.P.R. cit., art. 13, comma 1 bis, se dovuto (cfr. Cass. sez. un. 20.2.2020, n. 4315).

P.Q.M.

La Corte così provvede:

accoglie il primo motivo del ricorso proposto da C.S., cassa la sentenza n. 6934 del 19.9/2.11.2017 della Corte d'Appello di Roma e, decidendo nel merito, dichiara l'inesistenza della sentenza dell'11.5.1994, con cui il Tribunale di Roma ebbe a dichiarare il fallimento dell'"(Omissis) nell'(Omissis);

dichiara assorbito nell'accoglimento del primo motivo di ricorso il secondo motivo di ricorso proposto da C.S.;

dichiara inammissibile il ricorso proposto dall'"(Omissis) nell'(Omissis);

compensa integralmente tra le parti tutte le spese del giudizio di primo grado, del giudizio d'appello e del presente giudizio di legittimità;

ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente "(Omissis) nell'(Omissis)" soc. coop., di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso D.P.R. cit., ex art. 13, comma 1 bis, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della I sez. civ. della Corte Suprema di Cassazione, il 14 dicembre 2022.

Depositato in Cancelleria il 2 marzo 2023