

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SESTA CIVILE

SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCALDAFERRI Andrea - Presidente

Dott. SAMBITO Maria Giovanna Concetta - Consigliere

Dott. VALITUTTI Antonio - Consigliere

Dott. FERRO Massimo - rel. Consigliere

Dott. MARULLI Marco - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

Sul ricorso proposto da:

(OMISSIS), rapp. e dif. dall'avv. (OMISSIS), elettera dom. presso lo studio dell'avv. (OMISSIS),
come da procura a margine dell'atto;

- ricorrente -

contro

Fallimento (OMISSIS) s.n.c. e Fallimento (OMISSIS), in pers. del curatore p.t., rapp. e dif. dall'avv.
(OMISSIS), elettera dom. presso il suo studio in (OMISSIS), come da procura in calce all'atto;

- controricorrente -

(OMISSIS);

- intimata-

per la cassazione della sentenza App. Milano 19.6.2014, n. 2371/2014 in R.G. 150/2011;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2017 dal
Consigliere relatore dott. Massimo Ferro;

vista la memoria del ricorrente;

il Collegio autorizza la redazione del provvedimento in forma semplificata, giusta decreto 14 settembre 2016, n. 136/2016 del Primo Presidente.

FATTI DI CAUSA

Rilevato che:

1. (OMISSIS) impugna la sentenza App. Milano 19.6.2014, n. 2371/2014, con cui sono state respinte le domande proposte dal ricorrente, già opponente a decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti;
2. in data 9.10.2006 (OMISSIS) - ancora in bonis -aveva depositato ricorso per decreto ingiuntivo nei confronti di (OMISSIS) al fine di ottenere il pagamento, in via di regresso, della somma di Euro 89.198,74, avendo la medesima pagato alla (OMISSIS) il debito della società (OMISSIS) s.n.c. per complessivi Euro 270.299,83, debito assistito dalla fideiussione di (OMISSIS) e dalla co-fideiussione di (OMISSIS);
3. nelle more fra il deposito del ricorso e il provvedimento monitorio interveniva il fallimento della (OMISSIS) (e con esso quello di (OMISSIS)) e, pertanto, il curatore faceva valere il decreto ingiuntivo chiedendo che la somma venisse corrisposta alla procedura;
4. la Corte di Appello di Milano, pronunciandosi sull'appello reiettivo della opposizione al decreto ingiuntivo, ha rilevato che sussiste la legittimazione ad agire del solo curatore (che ha inteso avvalersi del decreto per recuperare il credito sia a vantaggio della massa del fallimento della società che dei soci illimitatamente responsabili) ed ha comunque evidenziato che l'eccezione di difetto di legittimazione, non rilevabile d'ufficio, era stata sollevata tardivamente dal ricorrente in primo grado, poiché proposta solo nella comparsa conclusionale, così essendo priva di fondamento l'istanza formulata da (OMISSIS) per la rimessione in termini ex articolo 183 c.p.c., comma 6;
5. la corte ha statuito, altresì, che la fideiussione prestata dalla (OMISSIS), in qualità di (e sebbene già) socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo, è valida ed efficace, mentre risultava pacifico che vi era stato il pagamento da parte della (OMISSIS) del debito della società e che tale debito era assistito dalla fideiussione del ricorrente-opponente e dalla co-fideiussione della (OMISSIS) (irrilevante il fatto che la (OMISSIS) avesse prestato ipoteca e che il ricorrente fosse stato escluso della società), così giustificandosi il regresso ex articolo 1954 c.c.;
6. la corte, infine, non ha accolto l'eccezione di compensazione del ricorrente in quanto sfornita di qualsiasi supporto probatorio e ha dichiarato inammissibili le prove orali, per come genericamente formulate;
7. con il ricorso si deducono sei motivi e, in particolare:
 - violazione di legge e falsa applicazione della L. Fall., articoli 147 e 148, in quanto non sono state distinte la posizione del fallimento della (OMISSIS) da quella del fallimento del socio illimitatamente responsabile, essendo il credito vantato dalla (OMISSIS) nei confronti del fratello a titolo personale e dunque potendo agire solo il curatore del fallimento individuale;
 - nullità della sentenza o del procedimento per violazione degli articoli 81, 112 e 345 c.p.c., poiché è stato ritenuto che il fallimento della società avesse legittimazione attiva ad agire per il credito in questione e perché è stato statuito che il difetto di legittimazione non sia rilevabile d'ufficio;

- nullita' della sentenza o del procedimento per violazione dell'articolo 112 c.p.c., perche' non e' stato rilevato che il ricorrente aveva formulato gia' nell'atto di opposizione il difetto di legittimazione del curatore del fallimento della societa';

- nullita' della sentenza o del procedimento per violazione dell'articolo 167 c.p.c., comma 2, e articolo 183 c.p.c., comma 6 nella parte in cui, nonostante la richiesta ribadita a verbale di udienza, non sono stati concessi i termini per il deposito delle memorie;

-nullita' della sentenza o del procedimento per violazione dell'articolo 112 c.p.c. non essendo stata analizzata l'eccezione di estinzione del credito per confusione;

-violazione e falsa applicazione degli articoli 1954, 1253 e 2313 c.c., in quanto la (OMISSIS), cumulando in se' la posizione sia di creditore che di debitore, essendo socio illimitatamente responsabile, nei confronti del ricorrente non poteva essere titolare del diritto di regresso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Considerato che:

1. il primo e il secondo motivo di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente per l'omogeneita' delle questioni, sono inammissibili poiche', con parallela ed assorbente ratio decidendi, la sentenza ha ricostruito positivamente la spendita da parte del curatore del fallimento sociale altresì della qualita' di curatore del fallimento individuale della (OMISSIS), secondo il tenore inequivoco dell'azione monitoria in cui ha dichiarato di voler subentrare ed il riferimento espresso alla autorizzazione unitaria ad agire così come chiesta al giudice delegato e corrispondentemente conseguita;

2. il terzo e il quarto motivo sono inammissibili in quanto risulta che il ricorrente non ha formulato in modo specifico ed in particolare nelle conclusioni dell'atto di citazione l'eccezione di difetto di legittimazione del curatore, non essendo conferente il mero generico passaggio evocato in memoria: trattandosi di opposizione a decreto ingiuntivo, nel giudizio ordinario di cognizione, che si apre con detta opposizione, l'opponente assume la posizione di attore solo formalmente e l'opposto quella solo formale di convenuto (perche' il ruolo sostanziale di attore compete al creditore ricorrente e quello altrettanto sostanziale di convenuto compete all'intimato) e, pertanto, le ragioni addotte dall'opponente, se mirano a conseguire il rigetto della pretesa fatta valere con il ricorso per decreto ingiuntivo, si qualificano come eccezioni che sono ammissibili nei limiti del disposto degli articoli 167 e 345 c.p.c. (Cass. 11368/2006) e, per tale motivo, "la prima udienza di trattazione e le memorie, di cui all'articolo 183 c.p.c., possono essere utilizzate solo per precisare le domande e le eccezioni già formulate, e non per introdurre nel giudizio nuovi temi di indagine, che non siano conseguenza diretta delle difese avversarie" (Cass. 8989/2012);

3. dall'altro lato, nemmeno la mancata concessione dei termini può essere dedotta come vizio in se', ai sensi del vigente articolo 183 c.p.c., comma 6, ove allegata come generica causa di impossibilita' di depositare memorie, ostando al riconoscimento del vizio in procedendo il principio, espresso tra le altre da Cass. 23162/2014 (conf. Cass. 9169/2008), per cui "qualora venga dedotto il vizio della sentenza di primo grado per avere il tribunale deciso la causa nel merito prima ancora che le parti avessero definito il "thema decidendum" e il "thema probandum", l'appellante che faccia valere tale nullita' - una volta escluso che la medesima comporti la rimessione della causa al primo giudice - non può limitarsi a dedurre tale violazione, ma deve specificare quale sarebbe stato il "thema decidendum" sul quale il giudice di primo grado si sarebbe dovuto pronunciare ove fosse stata consentita la richiesta appendice di cui all'articolo 183 c.p.c., comma 5, e quali prove sarebbero

state dedotte, poiche' in questo caso il giudice d'appello e' tenuto soltanto a rimettere le parti in termini per l'esercizio delle attivita' istruttorie non potute svolgere in primo grado";

4. il quinto e il sesto motivo sono inammissibili perche' la corte di appello ha espressamente (e correttamente) ritenuto che la co-fidejussione della (OMISSIS) sia valida ed efficace, non accogliendo, pertanto, l'eccezione di estinzione del credito per confusione e dunque ampiamente giustificando l'azione di regresso, poi svolta dal curatore del socio fallito verso l'ex socio illimitatamente responsabile (fratello) (OMISSIS), co-fidejussore ma non fallito (come invece la sorella): infatti "e' valida la fidejussione prestata dal socio illimitatamente responsabile in favore della societa' di persone che, pur se sprovvista di personalita' giuridica, costituisce un distinto centro di interessi e di imputazione di situazioni sostanziali e processuali, dotato di una propria autonomia e capacita' rispetto ai soci stessi; ne consegue che la predetta garanzia rientra tra quelle prestate per le obbligazioni altrui secondo l'articolo 1936 c.c., non sovrapponendosi alla garanzia fissata "ex lege" dalle disposizioni sulla responsabilita' illimitata e solidale, potendo invero sussistere altri interessi che ne giustificano l'ottenimento - alla stregua di garanzia ulteriore - in capo al creditore sociale ed essendo lo stesso "beneficium excussionis", di cui all'articolo 2304 c.c., posto a tutela dei soci ma disponibile, senza alterazioni del tipo legale di societa'" (Cass. 4528/2014, 26012/2007); ed ancora, "non puo' sostenersi che la fideiussione rilasciata dal socio, gia' illimitatamente responsabile ex lege per le obbligazioni sociali, sia priva di causa, sotto il profilo che essa non aggiungerebbe nulla di piu' alla garanzia patrimoniale gia' offerta al creditore per effetto della disciplina legislativa. Nonostante, infatti, la garanzia gia' fornita ex lege dalle disposizioni sulla responsabilita' illimitata e solidale, possono - tuttavia - esservi altri interessi che muovono il creditore sociale a voler pretendere una ulteriore garanzia. L'interesse, ad esempio, a che il socio resti obbligato anche dopo la sua uscita dalla societa', o quello di potersi avvalere di uno strumento di garanzia autonomo, svincolato tra l'altro dal limite (sia pure destinato a operare solo in fase di esecuzione) del beneficium excussionis di cui all'articolo 2304 c.c. E' sufficiente, pertanto, accertare l'esistenza in concreto di uno qualsiasi di tali interessi, per affermare la validita' della fideiussione rilasciata dal socio illimitatamente responsabile di una societa' di persone" (Cass. 8944/2016); sul punto, nessuna contestazione e' stata anche solo allegata dal ricorrente.

Il ricorso va dunque dichiarato inammissibile.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del procedimento di legittimita' in favore del controricorrente, liquidate in Euro 7.100 (di cui Euro 100 per esborsi), oltre al 15% a forfait sui compensi e agli accessori di legge. Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1 quater, come modificato dalla L. n. 228 del 2012, da' atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso articolo 13, comma 1 bis.

Motivazione semplificata.