



REPUBBLICA ITALIANA

14066/08

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

OGGETTO:
risarcimento danni
concessione abusiva
di credito e azione
revocatoria
fallimentare

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Corrado	CARNEVALE	Presidente	R.G.N.7770/04
Dott. Donato	PLENTEDA	Consigliere	10912/04
Dott. Aniello	NAPPI	Consigliere	Cron. 14066
Dott. Luciano	PANZANI	Cons. Rel.	Rep. 3775
Dott. Stefano	SCHIRÒ	Consigliere	Ud. 23/4/08

ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

FALLIMENTO CASILLO GRANI s.n.c., in persona del
curatore dott. Michele Di Biase, elettivamente
domiciliato in Roma, via Asiago 8, presso l'avv.
Stanislao Aureli, rappresentato e difeso dall'avv.
prof. Bruno Inzitari giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

CREDITO EMILIANO S.P.A., in persona del Presidente dr.
Giorgio Ferrari, elettivamente domiciliato in Roma,
piazza dei Caprettari 70, presso l'avv. Bruno
Guardascione, che la rappresenta e difende con gli
avv.ti Paolo Ferrari del foro di Milano, prof. avv.

962
2008



Sido Bonfatti del foro di Modena, prof. avv. Giorgio Costantino del foro di Bari, giusta deleghe in atti;

- controricorrente ricorrente incidentale -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Bari n. 968/03 del 30 settembre 2003.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/4/08 dal Relatore Cons. Luciano Panzani; Udito l'avv. Bruno Inzitari per il Fallimento ricorrente, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso principale e per il rigetto, occorrendo, dell'incidentale;

Udito l'avv. Guardascione per la controricorrente e ricorrente incidentale, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale e l'accoglimento dell'incidentale;

Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Vincenzo Gambardella, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Fallimento Casillo Grani s.n.c. conveniva in giudizio con atto notificato il 31.8.1999 avanti al Tribunale di Foggia la Banca della Provincia di Napoli s.p.a., chiedendone la condanna al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. per concessione abusiva di



credito per aver tenuto artificiosamente in vita rapporti economici con la società poi fallita, nonostante l'insolvenza di quest'ultima, e proponendo inoltre domanda di revoca, ai sensi dell'art. 67, 1° e 2° comma, l.fall. degli atti e dei pagamenti che erano intervenuti tra le parti, con la rideterminazione degli interessi convenzionali ultralegali.

Si costituiva in giudizio il Credito Emiliano s.p.a. che dichiarava di aver incorporato per fusione, con atto notar Govoni del 8.11.1995 la Banca della Provincia di Napoli s.p.a., estinta sin dal 16.11.1998, e, conseguentemente, eccepiva in via preliminare la nullità della citazione notificata dal Fallimento attore. La banca inoltre formulava eccezioni preliminari e/o pregiudiziali sia di rito che di merito.

Il Tribunale dichiarava la nullità della citazione introduttiva del giudizio, perché proposta dalla curatela nei confronti di un soggetto ormai estinto a seguito dell'intervenuta fusione, la Banca della Provincia di Napoli s.p.a. Condannava il Fallimento alla rifusione delle spese.

La Corte d'appello di Bari con sentenza 30.9.2003 rigettava l'appello della curatela, che accoglieva soltanto in ordine alla liquidazione delle spese, che



compensava integralmente tra le parti per entrambi i gradi di giudizio.

Osservava la Corte di merito che la Banca della Provincia di Napoli s.p.a., soggetto che era stato convenuto in giudizio, per effetto dell'intervenuta fusione era ormai estinto alla data della notifica della citazione introduttiva. Ne derivava difetto della vocatio in jus, che non poteva ritenersi sanata ai sensi dell'art. 164, co. 2 e 3, c.p.c. per effetto dell'avvenuta costituzione in giudizio della banca incorporante, successore a titolo universale. Né poteva ritenersi che la sanatoria si fosse verificata ai sensi del terzo comma della norma testè richiamata, perché il Credito Emiliano aveva chiarito nel costituirsi in giudizio, pur avendo anche svolto difese di merito, che ciò faceva soltanto per far valere l'inefficacia della domanda nei suoi confronti.

Sussistevano peraltro giusti motivi per la compensazione delle spese dell'intero giudizio perché la costituzione in giudizio del Credito Emiliano non sarebbe stata necessaria posto che la sentenza resa all'esito del giudizio non avrebbe potuto comunque far stato nei suoi confronti. Di conseguenza proprio per effetto della costituzione della banca la curatela aveva eccepito l'intervenuta sanatoria.



Avverso la sentenza ricorre per cassazione il Fallimento Casillo Grani s.n.c. articolando un unico motivo di ricorso. Resiste con controricorso il Credito Emiliano s.p.a. che ha anche proposto ricorso incidentale con unico motivo, cui il Fallimento ha replicato con controricorso. Per il Credito Emiliano si è costituito nuovo difensore, in aggiunta a quelli già nominati. Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c. ed istanza congiunta di rinvio dell'udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la curatela ricorrente deduce violazione degli artt. 101, 153, 163, 164 c.p.c. e dell'art. 2504 bis c.c. nonché difetto e contraddittorietà di motivazione sul punto decisivo della controversia relativo alla pretesa inesistenza e/o nullità insanabile dell'atto di citazione per vizio della vocatio in ius.

Afferma che la costituzione in giudizio del Credito Emiliano, che ha svolto difese sia in rito che in merito, dimostra che l'avvenuta notifica dell'atto introduttivo ha raggiunto il suo scopo di portare a conoscenza della banca incorporante l'iniziativa giudiziaria esperita dal Fallimento, consentendo la partecipazione al giudizio del soggetto che, quale



successore a titolo universale della banca incorporata, era tenuto a rispondere per le obbligazioni di quest'ultima.

Rammenta che ai sensi dell'art. 156, co. 3, c.p.c. non può essere pronunciata la nullità quando l'atto abbia raggiunto lo scopo e che ai sensi dell'art. 164, co. 3, la costituzione del convenuto sana i vizi della citazione.

Richiama la giurisprudenza di questa Corte che ha affermato che la citazione di un soggetto estinto, qual è la società incorporata successivamente all'avvenuta incorporazione, determina la nullità dell'atto introduttivo, che peraltro rimane sanata dalla costituzione in giudizio del successore a titolo universale, perché malgrado la nullità la vocatio in ius e l'editio actionis possono comunque consentire di individuare il rapporto sostanziale dedotto in giudizio e permettere al soggetto cui fa capo tale situazione sostanziale di riconoscersi come il convenuto in senso sostanziale. Il vizio da cui è affetto l'atto non è più grave dell'omessa indicazione della parte convenuta, che pure è sanata dalla costituzione in giudizio del convenuto stesso.

La contraria tesi sostenuta dalla Corte d'appello sarebbe del tutto priva di motivazione. Sottolinea



inoltre che dal punto di vista sostanziale non vi è mai stato dubbio sul fatto che il Credito Emiliano sia subentrato nei diritti ed obblighi della società estinta.

Non sarebbe poi vero quanto affermato dalla Corte d'appello sul fatto che la banca incorporante avrebbe soltanto inteso con la costituzione in giudizio far rilevare la nullità della citazione, perché in realtà la banca ha svolto anche difese nel merito, sì che il contraddittorio è stato pieno e la sanatoria è avvenuta con efficacia ex tunc.

Ancora ai sensi dell'art. 101 c.p.c. il giudice non può statuire sopra alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. La comparizione del soggetto passivo della domanda avanti al giudice costituirebbe pertanto un requisito sostitutivo e non aggiuntivo rispetto alla regolarità della citazione, i cui vizi perderebbero rilevanza.

2. Con l'unico motivo del ricorso incidentale il Credito Emiliano deduce violazione degli artt. 163, 164, 91, 92 c.p.c. e dell'art. 2504 bis c.c. nonché difetto e contraddittorietà della motivazione sul punto della controversia relativo alla condanna alle spese.

Si duole che la Corte d'appello abbia compensato le



spese perché il Credito Emiliano avrebbe dato causa al giudizio costituendosi e svolgendo difese che non erano indispensabili, stante la nullità della citazione.

Nel confermare la sentenza di primo grado che aveva ritenuto la nullità della citazione, la Corte di merito avrebbe dovuto confermare anche la condanna del Fallimento alle spese, essendovi soccombenza. Ha invece ritenuto l'inutilità dell'attività processuale svolta dalla banca che, al contrario, aveva interesse e legittimazione a partecipare al giudizio perché da un'eventuale sentenza nei confronti della sua dante causa avrebbe potuto subire pregiudizio.

Sarebbe contraddittorio affermare da un lato che il successore ante litem è legittimato a far valere in ogni sede l'inopponibilità della sentenza nei suoi confronti ed escludere che egli possa far valere tale situazione nello stesso giudizio promosso nei confronti del dante causa. La Corte d'appello avrebbe inoltre trascurato che il giudizio d'appello era stato ritualmente instaurato nei confronti del Credito Emiliano, sì che era indubbia la sua legittimazione a partecipare al giudizio stesso.

In nessun modo si giustificava pertanto l'integrale compensazione delle spese del grado di appello.

2. Va anzitutto disposta la riunione dei ricorsi ex



art. 335 c.p.c.

La banca controricorrente ha eccepito nella memoria ex art. 378 c.p.c. l'inammissibilità del ricorso principale, affermando in primo luogo che sarebbe stato violato il principio di autosufficienza perché la curatela avrebbe affermato, senza riportare i relativi passi degli scritti difensivi del Credito Emiliano, che la banca costituendosi in giudizio si era difesa anche nel merito.

La controricorrente ha poi eccepito l'inammissibilità del ricorso principale perché fondato sul dedotto vizio di motivazione, che in realtà si sarebbe tradotto in una non formulata censura di violazione di norme processuali e, in ultima analisi, in una generica critica alla motivazione della decisione impugnata ed ad un non consentito giudizio in fatto.

Ed ancora la controricorrente ha affermato che la Corte d'appello avrebbe introdotto un'autonoma ratio decidendi, non impugnata, affermando che il Credito Emiliano nel costituirsi in giudizio non intendeva discutere della domanda rivolta al soggetto incorporato.

La seconda e la terza delle eccezioni sopra riassunte non sono fondate, mentre la prima è irrilevante alla luce delle conclusioni cui è pervenuto il Collegio in



ordine alla fondatezza del primo motivo del ricorso principale (su cui *infra*).

Invero dalla lettura del ricorso della curatela emerge con chiarezza che quest'ultima, lungi dal censurare la sentenza impugnata soltanto sotto il profilo del difetto di motivazione, ha dedotto il vizio di violazione di legge e tanto ha fatto non soltanto nella rubrica del motivo, ove si indicano come violati gli artt. 101, 153, 163, 164 c.p.c. e l'art. 2504 bis c.c., ma nel tessuto stesso delle sue argomentazioni.

La curatela ha infatti ribadito che la costituzione in giudizio del Credito Emiliano ha sanato la nullità per avvenuto raggiungimento dello scopo della citazione in sé nulla, rilievo questo che non costituisce critica alla ricostruzione in fatto della vicenda processuale operata dalla Corte di appello, ma censura di violazione di legge per violazione del disposto degli artt. 164, co. 3, e 156 c.p.c., che sono stati ampiamente richiamati dalla ricorrente principale nello svolgimento delle sue argomentazioni.

E' poi evidente che la denunciata violazione di legge, così come individuata, censura anche la pretesa ulteriore ratio decidendi della sentenza impugnata, nella parte in cui ha attribuito rilevanza al fatto che la banca controricorrente nel costituirsi non



intendesse discutere del merito della controversia.

3. Tanto premesso, occorre esaminare il primo motivo di ricorso, che è fondato.

La Corte d'appello ha ritenuto che la citazione notificata alla Banca della Provincia di Napoli, cioè alla società incorporata a seguito di fusione divenuta efficace in data anteriore alla notifica dell'atto di citazione, fosse nulla e che tale nullità fosse insuscettibile di sanatoria ai sensi dell'art. 164, co. 3, c.p.c. Ciò perché l'incorporante Credito Emiliano, nel costituirsi in giudizio, pur svolgendo anche difese nel merito della domanda, chiarì subito che intendeva evitare "l'incertezza circa la possibile propria responsabilità rispetto ad un provvedimento giudiziale emesso nei confronti della Banca partecipante all'operazione di fusione", facendo riserva di "espressa salvezza del diritto di eccepire le decadenze maturate e di far valere i diritti quesiti". Il Credito Emiliano, secondo la Corte di merito, non intendeva discutere, quantomeno in via principale, della domanda rivolta nei confronti della società incorporata, ma soltanto far presente che tale domanda sarebbe stata inefficace nei suoi confronti, circostanza che sarebbe valsa ad escludere che fosse intervenuta sanatoria dell'originaria nullità dell'atto di citazione.



E' giurisprudenza consolidata di questa Corte che la citazione o il ricorso notificati ad ente estinto - come nella specie, operando la fusione per incorporazione la estinzione del soggetto incorporato, mentre l'incorporante diventa esclusivo destinatario degli atti processuali - sono affetti da nullità rilevabile di ufficio, trattandosi di errata identificazione del soggetto passivo della vocatio in ius. Come ha evidenziato Cass. 5716/2003, la giurisprudenza di questa Corte non ha però tratto univoche conclusioni sulla natura della nullità e sulla possibilità di sanatoria.

Secondo un primo orientamento, si tratterebbe di una nullità rilevabile d'ufficio ed insanabile, in considerazione dell'inesistenza della vocatio in ius (Cass. 11 febbraio 1992, n. 1528; Cass. S.U. 14 gennaio 1992, n. 366; nello stesso senso Cass. 14 aprile 1998, n. 3780 in tema di trasformazione di società). Secondo altro più corposo orientamento, la nullità, pur rilevabile d'ufficio, sarebbe comunque sanabile, anche se solo con effetto ex nunc (nella disciplina anteriore alla legge n. 353 del 1990), dal momento della costituzione in giudizio del soggetto incorporante (Cass. 11.4.2003, n. 5716; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1918; Cass. 10 luglio 1999, n. 7254; Cass. 21 aprile



1999, n. 3967; Cass. 9 aprile 1998, n. 3694; Cass. 20 ottobre 1993, n. 10372; Cass. 17 maggio 1978, n. 2385). Un'isolata pronuncia, esclusa, la sussistenza di una nullità ed affermata la mancanza di una delle condizioni dell'azione e cioè della legittimazione passiva del soggetto evocato in giudizio, ritiene che la costituzione del soggetto incorporante valga a costituire un valido rapporto processuale proprio fra i soggetti tra i quali, alla stregua della legittimazione sostanziale, esso doveva svolgersi (Cass. 20 aprile 2002, n. 5704).

Tale ultima affermazione non è condivisibile perché non si può parlare di difetto di legittimazione passiva con riferimento ad un soggetto estinto, essendo assorbente il rilievo che il soggetto evocato in giudizio non esiste e, quindi, non è possibile nei suoi confronti una pronuncia sulla legittimazione, che presuppone pur sempre un rapporto processuale validamente instaurato.

Ritiene invece il Collegio di dover prestare adesione all'orientamento maggioritario che afferma che la citazione del soggetto estinto determina una nullità rilevabile d'ufficio, ma sanabile per effetto della costituzione in giudizio della società incorporante. Ciò perché malgrado l'erronea indicazione del soggetto convenuto in giudizio, la vocatio in ius e l'editio



actionis possono comunque consentire di individuare il rapporto sostanziale dedotto in giudizio e, quel che qui più conta, possono comunque consentire al soggetto cui fa capo la situazione sostanziale dedotta in giudizio di riconoscersi come il soggetto sostanzialmente ma irritalmente convenuto e di valutare l'opportunità di costituirsi. La vocatio in ius di un soggetto non più esistente, ma nei cui rapporti è pur sempre succeduto un altro soggetto, non è affetta da un vizio più grave di quello da cui è affetta la vocatio in ius addirittura mancante della indicazione della parte processuale convenuta e che comunque è sanabile con la costituzione di chi, malgrado il vizio, si è riconosciuto come convenuto (Cass. 5716/03 cit.; Cass. 25.11.2004, n. 22236 in tema di appello notificato alla società incorporata estinta dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado; Cass. 31.5.2006, n. 13001 in tema di opposizione a decreto ingiuntivo notificato alla società incorporata dopo la sua estinzione; Cass. 27.10.2006, n. 23168 in tema di appello notificato all'incorporata estinta nel corso del giudizio di primo grado; Cass. 28.2.2008, n. 5273).

Ha obiettato in senso contrario la banca controricorrente che altro è il caso disciplinato



dall'art. 164, co. 3, di nullità della vocatio in ius di un soggetto esistente, che può essere sanata dalla sua successiva costituzione in giudizio, e altro è il caso della nullità della citazione per inesistenza del soggetto che ne è destinatario in quanto estinto (o nel caso di persona fisica, deceduto). In tale ultima ipotesi ammettere la sanatoria significherebbe ammettere la costituzione di un rapporto processuale nei confronti di un soggetto diverso, essendo del tutto irrilevante che tale soggetto possa essere parte sostanziale del rapporto.

In questi termini la sottolineata diversità delle situazioni considerate svaluta due elementi fondamentali, da un lato, la circostanza - non irrilevante - che il soggetto che si costituisce sia parte in senso sostanziale del rapporto, in quanto successore a titolo universale della società incorporata per effetto della fusione. Dall'altra, il fatto che la sanatoria consegua ad un comportamento volontario del successore a titolo universale che si costituisce in giudizio.

Com'è stato osservato dalla giurisprudenza prima citata, è significativo che la sanatoria disciplinata dall'art. 164, co. 3, possa operare nel caso in cui la citazione sia del tutto carente nell'individuazione del



convenuto, purchè questi si riconosca nella fattispecie descritta nell'atto introduttivo e si costituisca in giudizio. Non vi è motivo per trattare tale fattispecie in modo diverso da quella in esame, in cui il destinatario della citazione è estinto, ma la pretesa dedotta in giudizio è chiaramente riferibile al successore a titolo universale, tanto da indurlo a costituirsi in giudizio.

In entrambi i casi, come meglio si dirà in seguito, la costituzione in giudizio ha efficacia sanante indipendentemente dalla volontà del convenuto, per avvenuto raggiungimento dello scopo, cioè per avvenuto perfezionamento della vocatio in jus, nell'un caso di un soggetto esistente, ma non compiutamente indicato, nell'altro di un soggetto non più esistente, ma il cui successore a titolo universale non può non riconoscersi, giusta il disposto dell'art. 2504 bis c.c. vecchio testo, quale destinatario della pretesa azionata. Di qui la legittimità dell'interpretazione estensiva accolta.

Né rileva, ad avviso del Collegio, l'atteggiamento processuale del convenuto in senso sostanziale, vale a dire della società incorporante. Se è evidente, infatti, che non può dubitarsi della regolare instaurazione del rapporto processuale nel caso di



accettazione del contraddittorio con lo svolgimento in sede di costituzione delle sole difese di merito, la sanatoria della nullità della vocatio in ius si verifica anche nel caso in cui alle difese di merito si accompagni l'eccezione di nullità dell'atto introduttivo del giudizio e dell'inopponibilità a sé di tale atto, come nel caso di specie.

La disciplina dettata dall'art. 164, co. 3. c.p.c., infatti, prescinde dal contenuto delle difese svolte in concreto dal convenuto. La costituzione sana la nullità della citazione perché l'atto ha raggiunto lo scopo e con la costituzione in giudizio del convenuto in senso sostanziale, vale a dire della società incorporante, la vocatio in jus si è realizzata.

Nel caso di specie, essendo questione di un giudizio c.d. nuovo rito, instaurato con citazione notificata il 31.8.1999, la sanatoria ha avuto efficacia ex tunc.

4. La sentenza impugnata va pertanto cassata con rinvio alla Corte di appello di Bari in diversa composizione, che pronuncerà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

Il ricorso incidentale è assorbito.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, accoglie il ricorso principale, assorbito l'incidentale; cassa la sentenza



impugnata con rinvio alla Corte di appello di Bari in
diversa composizione, anche per le spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della
prima Sezione civile, addì 23 aprile 2008.

IL CONSIGLIERE Est.

IL PRESIDENTE

Luigi Lomenzo

IL CANCELLIERE
Antonio M. ...

Depositato in Cancelleria

il 28 MAG 2008
IL CANCELLIERE