

CONTRIBUTO UNIFICATO

N. R.G. 2957/2015

1870/2016



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA
3 SEZIONE CIVILE

SENTENZA CIVILE

N. *@ verbale*
1870/16

La Corte di Appello nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Pietro Guidotti
dott. Anna De Cristofaro
dott. Lucia Ferrigno

Presidente
Consigliere Relatore
Consigliere

depositata il

18.10.2016

R.G. *2957/2015*

Cron. *3550/2016*

Rep.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Ai sensi dell'art. 281 sexies cpc, nella causa civile in grado di appello iscritta al n. r.g. 2957/2015 promossa da:

I
dell'avv. *.....* con il patrocinio dell'avv. GAMBETTI ALBERTO e
dell'avv. IOVINO MASSIMILIANO (VNIMSM67C14L781V), elettivamente domiciliata presso
l'AVV. MASSIMILIANO IOVINO - PIAZZA GALILEO 4 BOLOGNA

IL CASO .IT

contro

appellante

BI

HI con il patrocinio degli

appellato

IN PUNTO A:

appello avverso la sentenza emessa ai sensi dell'articolo 281 sexies cpc dal tribunale di Reggio Emilia sezione seconda civile n. 1426/2015, pubblicata mediante lettura all'udienza del 22 ottobre 2015

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di discussione orale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

I. A seguito dell'opposizione promossa da *.....* al decreto ingiuntivo ottenuto da Industree S.p.A. per l'importo di euro 335.500,00, il tribunale di Reggio Emilia, con l'impugnata sentenza, così provvedeva:

Ma

-valutava la tardività e quindi la inutilizzabilità dei documenti già prodotti in sede monitoria (ed in particolare, del contratto autonomo di garanzia in data 10/9/2012 -documento 5- su cui si assumeva fondata la prova del credito), in quanto allegati, nel giudizio di opposizione, solamente alle note conclusive autorizzate;

-applicava in tal modo l'orientamento di una parte della giurisprudenza che ritiene sia onere dell'ingiunto di depositare, nella successiva fase di cognizione, i documenti allegati al ricorso per decreto ingiuntivo, conseguendone, in difetto di tale adempimento, che gli stessi non entrano a far parte del fascicolo d'ufficio e il giudice non può tenerne conto (Cass. nn. 17603/2013; 8955/2006; 19992/2004);

-riteneva quindi non provato il credito della società, che, a seguito dell'opposizione ritualmente proposta, assumeva il ruolo di attore sostanziale, con ogni conseguenza in tema di prova;

-in accoglimento dell'opposizione, revocava il decreto ingiuntivo e condannava l'opposta al pagamento delle spese di lite.

2. Propone appello la società, con richiesta di sospensiva, riproponendo tutti gli argomenti già sviluppati nel primo giudizio ed articolando, in particolare, i seguenti motivi:

-erroneità della decisione con riferimento al fascicolo di parte depositato nel procedimento monitorio, in base ai recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità e della corte costituzionale;

-nullità della sentenza per violazione dell'articolo 101, secondo comma, c.p.c., nonché degli articoli 111 e 24 della costituzione;

-violazione in ogni caso dell'articolo 115 c.p.c., non avendo l'opponente contestato in alcun modo l'esistenza di un'obbligazione autonoma di garanzia;

-omessa valutazione del merito della controversia ed in particolare del fatto che il decreto ingiuntivo era stato chiesto ed ottenuto in base al contratto autonomo di garanzia sottoscritto personalmente da Marcello Berloni (prodotto come documento 5);

-irrilevanza del fatto che il debitore fosse anche avallante dei pagherò cambiari emessi in forza dell'accordo di dilazione concluso tra l'appellante e la B S.p.A., dal momento che la società Industree S.p.A. aveva agito sulla base della garanzia autonoma, senza esperire alcuna azione cambiaria né un'azione fondata sull'avallo prestato dall'odierno appellato né tantomeno un'azione causale fondata sul rapporto sottostante.

3. Si è costituito l'appellato con comparsa, per chiedere il rigetto dell'appello e dell'istanza di sospensione, in base ai seguenti argomenti:

-la inutilizzabilità in appello del fascicolo monitorio non prodotto ritualmente nel giudizio dell'opposizione;

-la contestazione del c.d. contratto autonomo di garanzia, intercorso tra la società appellante, fornitore di servizi e il signor socio unico di una società insolvente che, dopo pochi giorni, era andata in concordato: nella realtà, la I S.p.A. sapeva dell'insolvenza per i peculiari rapporti tra le parti, conseguendone la nullità del negozio, ai sensi dell'articolo 1418 c.c., per illiceità della causa, dato che la garanzia pregiudicava gli altri creditori e doveva ritenersi *contra legem*.

4. La corte, con ordinanza in data 26 febbraio/4 marzo 2016, ha sospeso la provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado, valutando l'apprezzabile fondatezza dei motivi di appello e, particolarmente, del primo motivo, relativo alla produzione "tardiva" del fascicolo monitorio.

5. All'esito della discussione orale, lette le memorie depositate dai difensori nel termine concesso, la corte osserva quanto segue.



5.1. L'appello è fondato.

La questione dell'onere di depositare nuovamente, nel giudizio di opposizione, i documenti allegati al ricorso per decreto ingiuntivo, in precedenza oggetto di decisioni contrastanti della giurisprudenza di legittimità e di merito, è stata risolta da numerose pronunce della Cassazione.

Già la sezione seconda, con la sentenza n. 11817 del 27 maggio 2011 aveva ritenuto quanto segue: il procedimento che si apre con la presentazione del ricorso per decreto ingiuntivo e si chiude con la notifica del decreto stesso non è autonomo rispetto a quello che si apre con l'opposizione di cui all'articolo 645 c.p.c.; ne consegue che anche nel caso in cui, nel giudizio di opposizione, la parte opposta non abbia allegato al fascicolo, nei termini di cui all'articolo 184 c.p.c., la documentazione posta a fondamento del ricorso monitorio, tale documentazione può essere utilmente prodotta nel giudizio di appello, non potendosi considerare come "nuova".

La questione era stata affrontata anche dalle Sezioni Unite (con la sentenza n. 14475/2015, ud. 12 maggio 2015, depositata il 10 luglio 2015), già all'epoca della sentenza impugnata, con completezza di argomenti ed enunciazione del seguente principio di diritto:

"l'articolo.345 c.p.c., comma terzo...deve essere interpretato nel senso che, i documenti allegati alla richiesta di decreto ingiuntivo, anche qualora non siano stati nuovamente prodotti nella fase di opposizione, non possono essere considerati nuovi e pertanto, se allegati all'atto di appello contro la sentenza che ha definito il giudizio di primo grado, devono essere ritenuti ammissibili."

La corte è pervenuta alla seguente conclusione, confermando i precedenti orientamenti (tra cui la sentenza del 2011 sopra cit.), elaborando il principio secondo cui la novità dei documenti significa che gli stessi non devono essere mai stati prodotti in precedenza e devono essere quindi nuovi rispetto all'intero processo.

Con riferimento alla peculiare fase dell'opposizione al decreto ingiuntivo, viene osservato che i documenti prodotti in allegato alla richiesta di decreto ingiuntivo e rimasti a disposizione della controparte, quanto meno sino alla scadenza del termine per proporre opposizione e quindi esposti al contraddittorio delle parti, non possono essere qualificati nuovi nei successivi sviluppi del processo.

La soluzione in oggetto trova conferma sia sul piano teologico, che sul piano sistematico: sotto il primo profilo, il divieto di proporre prove nuove in appello mira a limitare a situazioni del tutto circoscritte, e idonee a giustificare il ritardo, la produzione di documenti sino a quel momento mai sottoposti al contraddittorio delle parti ed alla valutazione del giudice; sotto il secondo profilo, i principi costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata impongono che le prove acquisite al processo lo siano in via definitiva e che non debbano essere disperse.

Ciò vale anche per i documenti: una volta prodotti ed acquisiti ritualmente al processo, devono essere conservati alla cognizione del giudice.

Il principio "di non dispersione della prova" una volta che questa sia stata acquisita al processo implica, con specifico riferimento al procedimento per decreto ingiuntivo, che i documenti allegati al ricorso in base ai quali sia stato emesso il decreto devono rimanere nella sfera di cognizione del giudice anche nella, eventuale, fase di opposizione che completa il giudizio di primo grado.

In caso di opposizione, il procedimento monitorio si trasforma in un giudizio a cognizione piena e prosegue dinanzi allo stesso ufficio giudiziario, il che implica che la parte opposta non è libera di ritirare i documenti, ma deve essere a ciò autorizzata dal giudice. Ne deriva che il giudice nel decidere dovrà disporre di tutto il materiale probatorio.



Inoltre, l'unicità dell'ufficio spiega la mancanza di una norma che espliciti la necessità della trasmissione del fascicolo d'ufficio, con accluso il fascicolo di parte della fase monitoria contenente i documenti, al giudice dell'opposizione (tale mancanza, del resto, si riscontra anche nei giudizi di impugnazione quali revocazione, opposizione di terzo, che si svolgono dinanzi al medesimo giudice).

Qualora lo sviluppo processuale non abbia seguito questo ragionevole ordine e la fase di opposizione si sia conclusa con una decisione che non abbia potuto tener conto dei documenti prodotti con la richiesta di decreto ingiuntivo, tali documenti, se allegati all'atto di appello, non possono essere considerati nuovi, quindi non sono soggetti al divieto sancito dall'articolo 345 c.p.c., ed è ammissibile la loro produzione in secondo grado.

5.2. Va a questo punto osservato, con riferimento al caso in esame, che, diversamente dall'ipotesi esaminata dalle Sezioni Unite, il tribunale di prima istanza aveva a disposizione tale documentazione in quanto prodotta in tempo utile, ossia prima della decisione della causa, nel termine per note conclusive, e ne avrebbe dovuto conseguentemente tenere conto perché tali documenti facevano già parte del processo.

Tale dirimente considerazione assorbe tutti gli ulteriori argomenti difensivi articolati dalle parti sulla possibilità, per il giudice, di visionare o meno il fascicolo telematico, dato che i documenti in oggetto erano stati depositati in forma cartacea, dalla parte opposta, in tempo utile e non dovevano essere considerati nuovi e/o tardivi.

Quindi il giudice avrebbe dovuto esaminarli ai fini della decisione, mentre non ne ha proprio tenuto conto, limitandosi ad applicare un orientamento non più condiviso dalla giurisprudenza di legittimità.

5.3. Non deve neppure essere tralasciata la seguente circostanza, che non è di poco conto: l'opponente non aveva mai contestato in giudizio di avere prestato una garanzia autonoma, avendo articolato i motivi di opposizione su altri fatti: la nullità della procura rilasciata da Industree S.p.A. al proprio difensore; l'apposizione della formula su un decreto ingiuntivo successivamente modificato; l'esercizio dell'azione causale promossa dal creditore nei suoi confronti senza il previo e necessario protesto (argomenti non riproposti in appello e quindi rinunciati, ai sensi e per gli effetti dell'art. 346 cpc – cfr. tra le varie, Cass. civ. Sez. 2, n. 7457 del 14.04.015).

Ne deriva che la causa avrebbe potuto essere decisa dal tribunale applicando il principio di non contestazione contenuto nell'articolo 115, primo comma, c.p.c., dato che il debitore aveva chiaramente ammesso di avere prestato la garanzia in oggetto.

5.4. Ciò posto, va esaminato in questa sede il merito della domanda.

Dall'esame dei documenti allegati alla richiesta di decreto ingiuntivo ed in particolare del documento 5, emerge che il decreto ingiuntivo opposto era stato richiesto ed ottenuto in forza del contratto autonomo di garanzia, sottoscritto personalmente da Marcello Berloni.

Si rammenta che la stessa conteneva la dichiarazione del predetto "di costituirsi, a tutti gli effetti di legge, garante verso la Industree S.p.A. dell'adempimento di tutti gli obblighi che Berloni S.p.A. ha verso la medesima Industree S.p.A., sino alla concorrenza massima di € 333.500,00", impegnandosi a provvedere al pagamento dell'importo, a semplice richiesta, senza necessità di particolari forme, anche indirettamente tramite atto giudiziario, senza obbligo di preventiva escussione del debitore principale e con la rinuncia ai termini di cui all'articolo 1957 c.c. nonché a qualsiasi tipo di eccezione riguardante i rapporti contrattuali tra le due società, essendo la garanzia prestata "autonoma rispetto all'obbligazione principale garantita".



La garanzia così come formulata deve ritenersi del tutto valida ed efficace e del pari legittimo era l'accoglimento della richiesta di decreto ingiuntivo del creditore garantito.

Il fatto che il signor Berloni fosse anche avallante dei pagherò cambiari emessi in forza dell'accordo di dilazione concluso tra le due società (cfr. documenti 3 e 4) deve ritenersi del tutto irrilevante, come è pacifico che l'odierna appellante avesse agito sulla base della suddetta garanzia autonoma prestata personalmente dal predetto, senza esperire alcuna azione cambiaria né un'azione fondata sull'avallo prestato sempre dal Berloni, né tantomeno un'azione causale fondata sul rapporto sottostante all'emissione dei vaglia cambiari avallati.

La circostanza è confermata altresì dall'espressa rinuncia di Berloni ai termini di cui all'articolo 1957 c.c. e/o a qualsiasi eccezione riguardante i rapporti contrattuali tra le due società, attesa l'autonomia della garanzia rispetto all'obbligazione principale.

Ciò posto, si conviene con la difesa della società appellante sul fatto che, in base al testo della garanzia sottoscritta da Marcello Berloni, il creditore non aveva nemmeno l'onere di dimostrare l'inadempimento del debitore principale.

L'opposizione al decreto ingiuntivo andava dunque rigettata in base agli argomenti fin qui articolati che rendono assorbito l'esame di tutte le ulteriori questioni, correttamente riproposte dalla difesa dell'appellante nell'atto di appello, ma il cui esame è a questo punto superfluo.

5.5. Resta da esaminare unicamente la questione della nullità della garanzia per illiceità della causa in quanto contraria a norme imperative, sollevata dalla difesa del B nella comparsa di risposta in appello e nel giudizio di primo grado, per la prima volta, nella comparsa conclusionale.

Alle difese della parte appellata, l'appellante oppone:

-la intervenuta rinuncia alle eccezioni e/o domande non riproposte dall'appellato ai sensi dell'articolo 346 c.p.c., essendo quest'ultimo tenuto in ogni caso ad affrontare le domande subordinate, relative al merito dell'opposizione, non esaminate dal primo giudice (argomento già condiviso da questa corte al punto 5.3);

-la palese inammissibilità di tale domanda in quanto nuova, integrante una inammissibile *mutatio libelli*, effettuata dopo il termine preclusivo di cui all'articolo 183 sesto comma n.1) c.p.c. (vengono richiamate le decisioni delle sezioni unite n. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014): la domanda di nullità sarebbe in contrasto con le domande originarie dell'attore/opponente, che non aveva mai contestato la validità della garanzia, trovandosi la controparte in una posizione di soggezione per non aver potuto articolare adeguate difese a tale riguardo;

-in ogni caso l'infondatezza di tale domanda/eccezione nel merito.

Osserva questa corte che il richiamo della difesa dell'appellante all'orientamento delle Sezioni Unite è corretto.

Nelle decisioni menzionate, la cassazione ha ribadito i seguenti principi:

-la necessità che, in sede di gravame, il *thema decidendum* sia definitivamente cristallizzato dal contenuto della decisione impugnata, in applicazione del disposto dell'articolo 345 c.p.c. che stabilisce il divieto di proporre in appello domande nuove e/o nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio;

-l'opportunità di contemperare tale precetto con il perdurante obbligo di rilevare d'ufficio una causa di nullità negoziale, imposto anche al giudice di appello.

Osservano ancora le Sezioni Unite che al giudice di appello, investito di una domanda nuova volta alla declaratoria di nullità di un negozio del quale in primo grado si era chiesta l'esecuzione, la risoluzione,

la rescissione o l'annullamento (senza che il giudice di prime cure abbia rilevato c/o indicato alle parti ai sensi dell'articolo 101 c.p.c. cause di nullità negoziale), deve ritenersi preclusa la facoltà di esaminarla perché inammissibile.

D'altro canto, a quello stesso giudice è fatto comunque obbligo di rilevare d'ufficio una causa di nullità non dedotta né rilevata in primo grado, indicandola alle parti ai sensi dell'articolo 101, comma secondo, c.p.c.

Quest'ultima ipotesi non può dirsi ricorrente nel caso di specie in quanto la questione era stata, sia pure tardivamente, già introdotta dall'opponente nel primo giudizio.

Ritiene in ogni caso questa corte che, in base alla ragione più liquida, debba essere evidenziata l'infondatezza di tale eccezione in base ai seguenti argomenti:

- la diversità dei soggetti coinvolti: da un lato, il debitore principale, Berloni S.p.A. e, dall'altro, il garante B riguardando semmai la questione del rispetto della *par condicio creditorum* unicamente la società (che avrebbe i poteri per farla valere) e non l'eventuale garante;
- la diversità del contesto temporale, dato che il concordato preventivo era stato attivato dalla Berloni S.p.a. in epoca successiva alla garanzia per cui è causa e mancando, in ogni caso, la prova della consapevolezza, in capo alla società appellante, dello stato di insolvenza della Berloni S.p.a. e della sua intenzione di attivare la procedura di concordato preventivo;
- la natura stessa della garanzia, rappresentata da una fideiussione a prima richiesta, con rinuncia del garante alla facoltà di proporre le eccezioni spettanti al debitore principale, in base ad una prassi contrattuale, da un punto di vista generale, del tutto ordinaria ed usuale (ad esempio, in favore degli istituti di credito);
- la mancata precisazione di quale sarebbe la norma imperativa violata dal contratto in oggetto, non essendo, come si è detto, la questione del rispetto della *par condicio creditorum* pertinente nel caso specifico (per

5.4. Da tutte le considerazioni fin qui svolte discende l'accoglimento dell'appello e l'integrale modifica della decisione impugnata, anche con riguardo alle spese.

Anche in questa fase, le spese seguono la soccombenza, essendo la principale questione dibattuta già risolta dalla giurisprudenza di legittimità all'epoca della decisione di primo grado.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da I S.p.A. nei confronti di E, avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell'articolo 281 sexies cpc dal tribunale di Reggio Emilia, sezione seconda civile n. 1426/2015 e pubblicata mediante lettura all'udienza del 22 ottobre 2015, questa riformando:

-respinge l'opposizione al decreto ingiuntivo n. 4020/12, proposta da B, confermando integralmente il decreto emesso;

-condanna B alla rifusione in favore della società appellante delle spese del doppio grado di giudizio, che liquida:

-quanto al primo grado, in € 15.000 per compenso,

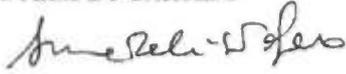
-quanto all'appello, in € 16.000 per compenso ed € 2.091,42 per spese complessive (incluso C.U.),



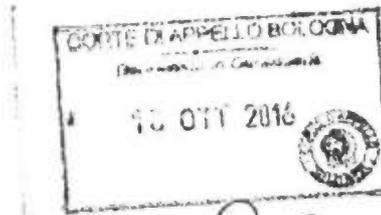
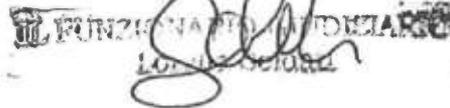
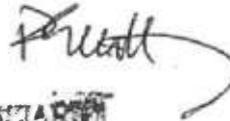
< per tutte, oltre al 15% di spese forfettarie ed oltre accessori di legge.

Così deciso in Bologna, a seguito della discussione orale, all'udienza del 18 ottobre 2016.

Il Consigliere estensore
dott. Anna De Cristofaro



Il Presidente
dott. Pietro Guidotti



IL CASO.it