

Civile Sent. Sez. 2 Num. 8690 Anno 2016

Presidente: BUCCIANTE ETTORE

Relatore: ORILIA LORENZO

Data pubblicazione: 03/05/2016

SENTENZA

sul ricorso 21896-2011 proposto da:

COOP ARTIGIANA MURRI in persona del suo Presidente e
legale rappresentante pro tempore, c.f. 00323590372,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FLAMINIA 213,
presso lo studio dell'avvocato ROMOLO REBOA,
rappresentata e difesa dall'avvocato ROSALIA
CIPOLLETTA FABBRI;

- ricorrente -

contro

COOPERATIVA ARTIGIANA MURATORI Soc. Coop. a r.l., c.f.
00157040411, in persona del Presidente del Consiglio

2016

140

di Amministrazione e legale rappresentante pro tempore
elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO
EMANUELE II n. 173, presso lo studio dell'avvocato
STEFANO SPINELLI, che la rappresenta e difende
unitamente all'avvocato ANTONIO COLELLA;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 664/2010 della CORTE D'APPELLO
di ANCONA, depositata il 18/10/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 25/01/2016 dal Consigliere Dott. LORENZO
ORILIA;

udito l'Avvocato ROMOLO REBOA, con delega orale
dell'avvocato ROSALIA CIPOLLETTA FABBRI difensore
della ricorrente, che ha chiesto l'accoglimento del
ricorso;

udito l'Avvocato STEFANO SPINELLI, difensore della
resistente, che si è riportato al controricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. ALBERTO CELESTE che ha concluso per il
rigetto del ricorso.

9

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1 Con atto 15.4.2002 la *Cooperativa Edificatrice Comprensoriale Murri* propose davanti al Tribunale di Pesaro opposizione avverso un decreto ingiuntivo per €. 68.164,00 emesso - su ricorso della *Cooperativa Artigiana Muratori* - nei confronti della *Cooperativa La Residente* in relazione ad alcune fatture per lavori edili. L'opponente cooperativa eccepì l'inesistenza e nullità del decreto ingiuntivo perché emesso nei confronti di una società (*La Residente*) ormai estinta per avvenuta incorporazione nella cooperativa Murri.

2 Il Tribunale ritenne fondata la tesi dell'opponente e revocò il decreto ingiuntivo dichiarandolo nullo, ma la Corte d'Appello Ancona, con sentenza 18.10.2010, accolse il gravame della *Cooperativa Artigiana Muratori* e, ribaltando l'esito del giudizio di primo grado, rigettò l'opposizione contro il decreto ingiuntivo rilevando:

- che non sorgeva contestazione né sull'esecuzione dei lavori né sui corrispettivi riportati nelle fatture;

- che la prescrizione del credito era stata interrotta dalla raccomandata del 23.3.1996;

- che l'eccezione di arbitrato sollevata dalla committente appariva infondata perché la domanda proposta in via monitoria non rientrava nella materia devoluta agli arbitri involgendo solo "alcuni lavori", sicché nella fattispecie non poteva ritenersi sussistente una "controversia, anche secondo

un'interpretazione restrittiva della clausola in favore della giurisdizione ordinaria.

La Corte d'Appello condannò quindi l'appellata alle spese del doppio grado di giudizio.

3 La Cooperativa Artigiana Murri ricorre per cassazione con cinque censure illustrate da memoria ex art. 378 cpc a cui resiste la Cooperativa Artigiana Muratori con controricorso.

Il difensore della controricorrente ha altresì comunicato l'intervenuto fallimento della propria assistita (dichiarato dal Tribunale di Pesaro con sentenza del 27.4.2015).

MOTIVI DELLA DECISIONE

1- Evidenti ragioni di priorità logica impongono di esaminare preliminarmente le questioni procedurali sollevate dalla difesa della controricorrente.

a) Intervenuto fallimento della Cooperativa Artigiana Muratori soc. coop a r.l. in Liquidazione nelle more del giudizio di legittimità.

La questione è priva di rilievo: infatti, come ripetutamente rilevato da questa Corte, il processo di cassazione, caratterizzato dall'impulso d'ufficio, non è soggetto ad interruzione in presenza degli eventi previsti dagli artt. 299 e seguenti cod. proc. civ., ivi compresa la dichiarazione di fallimento di una delle parti, poiché tali norme si riferiscono esclusivamente al giudizio di merito e non sono suscettibili di applicazione analogica in quello di



legittimità (v. Sez. 3, Sentenza n. 18300 del 01/12/2003 Rv. 568566; Sez. 1, Sentenza n. 10218 del 28/04/2010 (Rv. 612591 non massimata e altre).

b) Difetto di legittimazione attiva: si eccepisce che nel ricorso per cassazione compare una diversa denominazione sociale (Cooperativa Artigiana Murri) mentre la società partecipante al giudizio di merito era un'altra (la Società Edificatrice Comprensoriale Murri coop. a r.l.). Si rileva altresì l'incertezza sul soggetto che propone il ricorso.

Tale questione non è fondata.

Già nel giudizio di appello come parte appellata figurava non già la Cooperativa Edificatrice Comprensoriale Murri coop. a r.l., ma la Cooperativa Murri a r.l. e in quella sede nessuna questione venne sollevata in ordine alla legittimazione. L'incertezza paventata, dunque, non sussiste, restando identica anche la persona del legale rappresentante (*Adolfo Soldati*). In ogni caso, in tema di ricorso per cassazione, l'erronea indicazione delle generalità del ricorrente non comporta l'inammissibilità dell'impugnazione ove l'effettiva identità del suo autore risulti dall'intestazione della sentenza impugnata e da quella dello stesso ricorso per cassazione, oltre che dalla procura speciale apposta in margine ad esso (Sez. 3, Sentenza n. 14662 del 14/07/2015 Rv. 636372)

c) Nullità della procura al difensore perché apposta in foglio separato e senza alcuna indicazione - nel corpo della

9

stessa - del soggetto firmatario e dei poteri rappresentativi.

Anche tale questione è infondata.

Come già affermato dalle sezioni unite, in tema di rappresentanza processuale delle persone giuridiche, la persona fisica che ha conferito il mandato al difensore non ha l'onere di dimostrare tale sua qualità, neppure nel caso in cui l'ente si sia costituito in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante e l'organo che ha conferito il potere di rappresentanza processuale derivi tale potestà dall'atto costitutivo o dallo statuto, poiché i terzi hanno la possibilità di verificare il potere rappresentativo consultando gli atti soggetti a pubblicità legale e, quindi, spetta a loro fornire la prova negativa. Solo nel caso in cui il potere rappresentativo abbia origine da un atto della persona giuridica non soggetto a pubblicità legale, incombe a chi agisce l'onere di riscontrare l'esistenza di tale potere a condizione, però, che la contestazione della relativa qualità ad opera della controparte sia tempestiva, non essendo il giudice tenuto a svolgere di sua iniziativa accertamenti in ordine all'effettiva esistenza della qualità spesa dal rappresentante, dovendo egli solo verificare se il soggetto che ha dichiarato di agire in nome e per conto della persona giuridica abbia anche asserito di farlo in una veste astrattamente idonea ad abilitarlo alla rappresentanza processuale della persona giuridica stessa (v. Sez. U, Ordinanza n. 20596 del 01/10/2007 Rv. 599251; v. altresì Sez. 3, Sentenza

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

n. 22287 del 21/10/2009 Rv. 609821 in motivazione).

Spetta, quindi, al soggetto che contesti l'esistenza dei poteri in questione di documentare la propria eccezione, avvalendosi di opportuna consultazione degli atti soggetti a pubblicità legale, e fornire quindi l'eventuale prova negativa. Soltanto quando il potere rappresentativo derivi da un atto della persona giuridica non soggetto a pubblicità legale, spetta a chi agisce l'onere di provare l'esistenza di tale potere.

Nel caso di specie, la procura al difensore per il presente giudizio risulta rilasciata da "Adolfo Soldati, Presidente Coop Murri" quindi è assolutamente chiara l'individuazione del soggetto firmatario e della sua qualità, che gli conferisce, ovviamente, tutti i poteri rappresentativi previsti dalla legge, tra cui anche quello di proporre il ricorso per cassazione contro una sentenza ritenuta sfavorevole. Inoltre, l'indicazione sintetica della ragione sociale della società rappresentata, ("Coop. Murri" in luogo di "Cooperativa Artigiana Murri") non crea nessuna incertezza, considerata, ancora una volta, la perfetta identità del legale rappresentante. Ancora, la società controricorrente - su cui gravava il relativo onere - non ha fornito alcuna documentazione a sostegno della tesi prospettata in relazione alla mancanza di legittimazione a conferire la procura alle liti da parte del sig. Mario Soldati.

Quanto alle altre dedotte irregolarità (presenza di spazi

g

vuoti tra l'atto e la procura solo materialmente spillata),
rileva il Collegio che la critica è priva di fondamento: il
requisito, posto dall'art. 83, terzo comma, cod. proc. civ. (nel
testo modificato dall'art. 1 della legge 27 maggio 1997, n.
141), della materiale congiunzione tra il foglio separato, con
il quale la procura sia stata rilasciata, e l'atto cui essa
accede, non si sostanzia nella necessità di una cucitura
meccanica, ma ha riguardo ad un contesto di elementi che
consentano, alla stregua del prudente apprezzamento di fatti e
circostanze, di conseguire una ragionevole certezza in ordine
alla provenienza dalla parte del potere di rappresentanza ed
alla riferibilità della procura stessa al giudizio di cui
trattasi; ne consegue che, ai fini della validità della procura,
non è richiesto che il rilascio di essa su foglio separato sia
reso necessario dal totale riempimento dell'ultima pagina
dell'atto cui accede, né che la procura sia redatta nelle prime
righe del foglio separato, non essendo esclusa la congiunzione
dalla presenza di spazi vuoti (come nella specie, tra la firma
del procuratore e la delega: Sez. L, Sentenza n. 12332 del
27/05/2009 Rv. 608717; Sez. L, Sentenza n. 7731 del 23/04/2004
Rv. 572262; v. altresì Sez. 6 - 1, Sentenza n. 336 del
12/01/2012 Rv. 621359 non massimata).

Nel caso che ci occupa la procura stesa nelle prime righe
del foglio separato contiene gli estremi della sentenza
impugnata, la sottoscrizione del legale rappresentante della

e

società e l'autentica del difensore e quindi, in base al citato principio, non vi è alcun dubbio circa la provenienza dalla parte del potere di rappresentanza e la riferibilità della procura stessa al giudizio di cui trattasi.

1 bis Passando all'esame dei motivi di ricorso, e sempre seguendo un criterio di priorità logica, va scrutinato il secondo motivo con cui si denuncia attraverso una duplice articolazione, la violazione dell'art. 2504 bis e dei principi di cui alla sentenza delle S.U. 19509/2010, nonché degli artt. 100 e 156 comma 3 cpc. Si sostiene che la Corte d'Appello - errando - ha applicato l'articolo 2504 bis cc in maniera retroattiva, in contrasto con quanto affermato dalla citata sentenza delle sezioni unite. Trattandosi nel caso di specie di fusione per incorporazione avvenuta nel 1994 doveva trovare applicazione il principio dell'estinzione della società incorporata (*La Residente*) e pertanto la Corte d'Appello avrebbe dovuto dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo (emesso nei confronti di un soggetto estinto) e confermare la sua revoca. Altro errore commesso dalla Corte d'Appello consiste, a dire della ricorrente, nell'aver applicato la regola della sanatoria degli atti nulli di cui all'art .156 n. 3 cpc, mentre nel caso in esame non si tratta di un vizio di notifica di un atto ma di nullità dell'intero procedimento monitorio in quanto diretto nei confronti di un soggetto giuridico (la Cooperativa *La Residente*) non più esistente per effetto della sua estinzione per

8
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

incorporazione.

Sotto altro profilo si deduce la violazione degli artt. 101 e 167 cpc e 24 Costituzione per avere la Corte d'Appello violato il principio del contraddittorio per mancanza di attività istruttoria.

La censura è infondata.

Le sezioni unite, risolvendo un contrasto di giurisprudenza creatosi all'interno di questa Corte, hanno chiarito che la fusione per incorporazione, che si sia verificata prima dell'entrata in vigore del novellato art. 2504 bis cod. civ., determina l'estinzione della società incorporata, non avendo la nuova disciplina normativa della fusione, introdotta del d.lgs. n. 6 del 2003, carattere interpretativo ed efficacia retroattiva, ma esclusivamente innovativo (Sez. U, Sentenza n. 19509 del 14/09/2010 Rv. 614374; v. altresì Sez. 3, Sentenza n. 266 del 07/01/2011 Rv. 615512; Sez. 5, Sentenza n. 1088 del 17/01/2013 Rv. 625182 entrambe non massimate).

E' stato però affermato che la citazione in giudizio notificata ad una società già incorporata in un'altra è nulla per inesistenza della parte convenuta, ma tale nullità, rilevabile d'ufficio, resta tuttavia sanata per effetto della costituzione in giudizio della società incorporante, indipendentemente dalla volontà e dall'atteggiamento processuale di questa, atteso che la "vocatio in ius" di un soggetto non più esistente, ma nei cui rapporti sia succeduto un altro soggetto,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

consente comunque di individuare il rapporto sostanziale dedotto in giudizio, realizzando un vizio meno grave rispetto a quello da cui è affetta la "vocatio" mancante dell'indicazione della parte processuale convenuta, che è sanabile mediante la costituzione in giudizio di chi, malgrado il vizio, si sia riconosciuto come convenuto (Sez. 3, Sentenza n. 6202 del 18/03/2014 Rv. 629889; Sez. 1, Sentenza n. 14066 del 28/05/2008 Rv. 603473).

Il principio di cui sopra, affermato in ipotesi di citazione in giudizio di società estinta per incorporazione, può senz'altro essere esteso anche all'ipotesi che ci occupa, riguardante la pronuncia di un decreto ingiuntivo emesso nei confronti di società estinta per incorporazione (*La Residente*), ma opposto dalla società incorporante (la *Cooperativa Edificatrice Comprensoriale Murri*).

Ed infatti, l'opposizione a decreto ingiuntivo nullo perché emesso nei confronti di società estinta per incorporazione, proposta dalla società incorporante, subentrata per successione a titolo universale nei rapporti ad essa relativi, ha, in considerazione dell'identità di "ratio", la stessa efficacia sanante della costituzione in giudizio della società risultante dalla fusione quanto alla nullità, per inesistenza del soggetto, ai sensi dell'art. 164 cod. proc. civ., in relazione al precedente art. 163 stesso codice, della citazione per il giudizio di primo o secondo grado notificata

alla società incorporata posteriormente alla fusione stessa (Sez. 3, Sentenza n. 13001 del 31/05/2006 Rv. 589989).

Si è precisato in proposito che l'opposizione al decreto ingiuntivo da luogo ad un ordinario e autonomo giudizio di cognizione, con la conseguenza che il giudice dell'opposizione, ove opponente e opposto siano i titolari del rapporto dedotto in giudizio, per partecipazione alla sua costituzione ovvero per successione alle parti originarie, è investito del potere-dovere di pronunciare sulla pretesa fatta valere con la domanda di ingiunzione e sulle eccezioni proposte ex adverso, ancorché il decreto ingiuntivo sia stato emesso fuori delle condizioni stabilite dalla legge per il procedimento monitorio, e non può, quindi, limitarsi ad accertare e dichiarare la nullità del decreto stesso (Sentenza n. 13001 /2006 cit.; Sez. 2, Sentenza n. 12311 del 04/12/1997 Rv. 510711; Sez. 2, Sentenza n. 3671 del 14/04/1999 Rv. 525334; Sez. 1, Sentenza n. 5055 del 25/05/1999 Rv. 526626).

La censura della ricorrente, che trascura tali ulteriori principi, non coglie pertanto nel segno.

2 Proseguendo nell'esame del ricorso, con il primo motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cpc la violazione degli artt. 806 e ss cpc. Dolendosi del rigetto dell'eccezione di arbitrato, osserva la ricorrente che la clausola compromissoria deferiva agli arbitri le controversie vertenti in relazione al contratto di appalto (pag. 11 ricorso). Osserva inoltre che la

9

dedotta nullità del decreto ingiuntivo per estinzione della società determinava contestazione in radice dell'esistenza del credito per cui il diritto di credito non poteva che considerarsi controverso; rileva inoltre che non vi era alcun dubbio sulla riconducibilità della pretesa di pagamento al contratto di appalto posto che lo stesso decreto ingiuntivo indicava il credito come sorto per effetto del contratto di appalto.

3 Con la terza censura si denuncia violazione degli artt. 2946 e 2948 cc con riferimento alla questione della prescrizione del credito e degli interessi. Si sostiene che il credito era sorto nel 1990 mentre il sollecito del 22.3.1996 fu spedito alla società estinta (la Residente); si soggiunge che al credito relativo agli interessi doveva applicarsi il termine di cinque anni previsto dall'art. 2948 cc.

4 Con la quarta censura si denuncia violazione dell'art 132 n. 5 cpc perché nel dispositivo manca ogni pronuncia di condanna nei confronti della Cooperativa Murri.

5 Con il quinto motivo, riguardante la pronuncia sulle spese, si denuncia infine la violazione dell'art. 91 cpc.

Il primo motivo è fondato.

E' assolutamente pacifico tra le parti che il contratto di appalto stipulato il 3.8.1989 tra la Cooperativa Artigiana Muratori e la Cooperativa *La Residente* conteneva una clausola compromissoria in virtù della quale le controversie nascenti dal

g

contratto erano devolute ad un Collegio arbitrale. Ne dà atto la stessa Corte d'Appello a pag. 15 della sentenza e, come già esposto, il ricorso a pag. 11.

Ciò detto, è certamente esatto, in linea di principio, il rilievo da cui parte la Corte d'Appello: poiché infatti il deferimento di una controversia al giudizio arbitrale comporta una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, con conseguente sottrazione delle parti al giudice naturale, nel caso in cui l'interpretazione della clausola compromissoria, da condursi con i normali criteri di ermeneutica contrattuale, lasci sussistere dei dubbi, deve essere preferita la cognizione del giudice ordinario (v. tra le varie, Sez. 2, Sentenza n. 2132 del 27/02/1991 Rv. 471104; Sez. U, Sentenza n. 7398 del 28/07/1998 Rv. 517562; Sez. 1, Sentenza n. 8910 del 04/06/2003 Rv. 563890).

Questa regola però non è applicabile al caso di specie perché ciò che non ricorre assolutamente è il "dubbio" sull'interpretazione di una clausola arbitrale, caratterizzata da una formulazione così ampia e chiara nel senso di sottrarre ai giudici ordinari tutte le liti nascenti dal contratto.

Il richiamo al suddetto canone interpretativo si rivela pertanto fuori luogo.

Altro errore della Corte d'Appello sta nell'aver affermato che il mancato pagamento di lavori all'appaltatore da parte del committente per un importo di oltre 68.000 euro non

9

faccia nascere una controversia, dimenticando invece che un tale comportamento integra certamente inadempimento e l'inadempimento è una tipica fonte di controversie in materia contrattuale.

Sulla base della clausola in esame, la devoluzione della presente controversia al giudizio arbitrale era pertanto chiarissima e la decisione della Corte d'Appello si rivela giuridicamente errata ai sensi degli articoli 806 e ss cpc.

La sentenza deve pertanto essere cassata senza rinvio e, pronunciando nel merito, va dichiarata la competenza del collegio arbitrale.

E' appena il caso di aggiungere che il decreto ingiuntivo certamente ben poteva essere emesso anche in presenza di una clausola compromissoria, atteso che la disciplina del procedimento arbitrale non contempla l'emissione di provvedimenti "*inaudita altera parte*" (v. Sez. 1, Sentenza n. 8166 del 28/07/1999 Rv. 529041, perfettamente in termini).

Il provvedimento monitorio, però, per effetto dell'accoglimento dell'eccezione di arbitrato, va dichiarato nullo o comunque inefficace.

L'accoglimento del primo motivo comporta logicamente l'assorbimento del terzo, quarto e quinto e le spese del giudizio di legittimità si liquidano secondo la soccombenza, restando compensate le spese dei precedenti gradi per giuste ragioni considerato che resta ancora aperta la questione di merito relativa all'accertamento del diritto dell'appaltatore.

P.Q.M.

rigetta il secondo motivo; accoglie il primo motivo e dichiara assorbiti gli altri; cassa senza rinvio la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e dichiara la competenza del collegio arbitrale di cui al contratto di appalto del 3.8.1989. Dichiara inefficace il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Pesaro il 25.2.2002 e condanna la controricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che liquida in complessivi €. 3.200,00 di cui €. 200,00 per esborsi oltre accessori di legge.

Dichiara compensate le spese dei precedenti gradi di giudizio.

Così deciso in Roma il 25.1.2016.