

*Oggetto: Dichiarazione di
fallimento- Decreto
ingiuntivo definitivo- Pactum
de non exequendo-
Rilevanza.*

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al numero 2645 del ruolo generale
dell'anno 2021, proposto

da

s.r.l. Polaris, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso, giusta procura
speciale in calce al ricorso, dall'avv.

-ricorrente-

contro

s.r.l. Group, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso,
giusta procura speciale allegata al controricorso,
dall'avv.

-controricorrente-

e nei confronti di

Fallimento di s.r.l. Polaris**-intimato-**

per la cassazione della sentenza della sentenza della Corte d'appello di Palermo, pubblicata il 14 dicembre 2020, n. 1845/20; udita la relazione sulla causa svolta nell'adunanza camerale del 12 settembre 2023 dal consigliere Angelina-Maria Perrino.

Fatti di causa

Emerge dagli atti e dalla sentenza impugnata che la s.r.l. Polaris è stata dichiarata fallita su istanza della s.r.l. Group, la quale vantava nei suoi confronti un credito di euro 1.998.119,95, consacrato da decreto ingiuntivo esecutivo divenuto definitivo, perché non opposto.

La Corte d'appello di Palermo ha rigettato il reclamo che la fallita aveva proposto. A fondamento della decisione, ha osservato che la pur dettagliata ricostruzione delle vicende negoziali intercorse tra la fallita e la creditrice procedente, volte a trasferire mediante accollo liberatorio l'ingente debito maturato a una società di nuova costituzione, appositamente costituita, era irrilevante, poiché tutte quelle vicende, dalle quali sarebbe emersa l'insussistenza della posizione debitoria, erano antecedenti al momento in cui il decreto ingiuntivo era divenuto definitivo; e ciò risultava anche dalla richiesta di deferimento di giuramento decisorio, con la quale appunto si evidenziava che *«il giuramento non ha poi né lo scopo né l'effetto di aggirare il giudicato»*.

Il giuramento, d'altronde, ha proseguito il giudice del reclamo, per i primi due capitoli concerneva l'origine e la sorte del debito, ormai definitivamente accertate dal decreto ingiuntivo, e per gli altri due capitoli poneva questioni (quali l'impegno della Polaris a non proporre opposizione al decreto, a fronte della rassicurazione della di non procedere ad azioni esecutive, né a proporre istanze di fallimento, nonché la sussistenza dell'abuso di posizione

dominante, riqualificata dalla Corte d'appello come abuso di dipendenza economica) le quali, a fronte della definitività del decreto ingiuntivo e della proposizione dell'istanza di fallimento, erano irrilevanti ai fini dell'improcedibilità di quest'ultima, auspicata dalla Polaris. La promessa di non attivare la procedura fallimentare, quindi, ha concluso sul punto il giudice d'appello, se anche effettivamente sussistente, sarebbe potuta essere rilevante a fini risarcitori, ma non avrebbe potuto incidere sull'esercizio del diritto processuale azionato dalla Group.

Infine, la Corte d'appello ha convenuto col giudice di primo grado in ordine alla sussistenza della situazione d'insolvenza, scaturente dalla mancanza di risorse finanziarie a fronte delle obbligazioni inadempite, ammessa dalla stessa Polaris nella descrizione dei fatti che avevano condotto all'emissione del decreto ingiuntivo.

Contro questa sentenza propone ricorso la s.r.l. Polaris per ottenerne la cassazione, che affida a cinque motivi, che illustra con memoria, cui replica con controricorso, pure corredato di memoria, la sola s.r.l. Group, la quale deposita altresì memoria integrativa volta a contestare la produzione documentale della ricorrente.

Motivi della decisione

1.- Va preliminarmente dichiarata inammissibile, perché tardiva, in base al nuovo testo dell'art. 372, comma 2, c.p.c., applicabile nel presente giudizio in base all'art. 35, comma 7, del d.lgs. n. 149/22, la produzione documentale allegata alla memoria depositata dalla ricorrente in data 31 agosto 2023.

2.- La censura complessivamente proposta coi primi tre motivi di ricorso, che vanno congiuntamente esaminati perché connessi, è inammissibile, perché non congruente col contenuto della decisione impugnata.

La Corte d'appello, come riferito in narrativa, ha fatto leva sulla definitività del decreto ingiuntivo ottenuto dalla s.r.l. nei confronti della s.r.l. Polaris e sulla conseguente irrilevanza dell'affermata esistenza dell'accollo liberatorio dal debito oggetto del decreto, nonché dell'asserito abuso di posizione (*recte*, di dipendenza economica), che si sarebbero dovute far valere con l'opposizione al decreto ingiuntivo.

In questo quadro, le prospettate rassicurazioni della creditrice di non avanzare istanza di fallimento della propria debitrice, a fronte dell'impegno di Polaris a non proporre opposizione contro il decreto ingiuntivo, ha aggiunto il giudice del reclamo, sono inidonee a determinare l'improcedibilità della domanda che, invece, era stata proposta. E ciò pur sempre perché la posizione creditoria di Group era ormai consacrata definitivamente e per un rilevante importo dal decreto ingiuntivo definitivo e nessuna prova emergeva che il recupero si sarebbe potuto ottenere bonariamente; d'altronde, la stessa pretesa accollante, ossia la società neocostituita Green s.r.l., era incappata in analoghe difficoltà finanziarie.

2.1.- In base a queste considerazioni, la Corte d'appello ha escluso la decisività del giuramento decisorio, perché vertente su fatti pacifici (l'origine del debito), o irrilevanti (la liberazione dal debito mediante accollo, l'abuso di dipendenza economica, antecedenti alla definitività del decreto e le prospettate rassicurazioni della Group, a fronte dell'impegno di Polaris di non proporre opposizione al decreto ingiuntivo).

3.- Il *primo*, il *secondo* e il *terzo motivo di ricorso* non si confrontano con questa ragione del decidere, posto che:

- col *primo motivo* si lamenta l'omesso esame dell'esistenza dell'accollo e della sua efficacia liberatoria;

- col *secondo motivo* si denuncia l'omesso esame del fatto che la società di nuova costituzione, ossia la s.r.l. Green, si era fatta

carico del debito originariamente in capo alla Polaris, per effetto della liberazione di questa dovuta all'accollo, nonché l'omessa pronuncia sulla richiesta d'interrogatorio formale del legale rappresentante della Group;

- col *terzo motivo* si fa leva sulla violazione o falsa applicazione degli artt. 233-239 c.p.c., dell'art. 2697 c.c. e 6 l. fall., là dove non è stato ammesso il deferimento dei capitoli di giuramento decisorio vertenti sull'origine del debito poi consacrato dal decreto ingiuntivo (capitolo a), sulla natura liberatoria da quei debiti dell'accollo (capitolo b), sull'impegno di Group a non proporre istanza di fallimento per il credito portato dal decreto ingiuntivo (capitolo c).

3.1.- I motivi non riescono quindi a scalfire la tenuta della sentenza impugnata, che, in diritto, si rivela corretta, per un verso, perché il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito e il rapporto si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione (tra varie, Cass. n. 11360/10; n. 19113/18); e, per altro verso, in quanto il giudice di merito deve disporre il giuramento decisorio anche se i fatti con esso dedotti siano stati già accertati o esclusi in base alle risultanze probatorie, purché, però, il contenuto del giuramento abbia il carattere della decisorietà in ordine al *thema decidendum* oggetto della controversia (Cass. 16216/19).

4.- Col *quarto* e col *quinto motivo*, pure da esaminare congiuntamente perché connessi, la ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione degli artt. 474 c.p.c., 1372, 1460 e 2909 c.c., là dove la Corte d'appello ha affermato che dalla violazione del *pactum de non exequendo* stipulato con la Group scaturiscono soltanto effetti risarcitori (*quarto motivo*), nonché la violazione o

falsa applicazione degli artt. 88, 175 c.p.c., nonché degli artt. 1175 e 1375 c.c., perché la Corte d'appello non avrebbe ravvisato nella proposizione del ricorso di fallimento da parte di Group un abuso del diritto o del processo, trattandosi di azione che non poteva essere promossa (*quinto motivo*).

La censura è infondata.

La ricorrente riferisce al riguardo che il patto che sarebbe intercorso con la Group, consistito nell'impegno di Polaris a non proporre opposizione contro il decreto ingiuntivo, a fronte della rassicurazione della creditrice di non promuovere azioni esecutive, e quindi neanche istanza di fallimento, implicava l'esistenza del giudicato determinato dalla definitività del decreto ingiuntivo, proprio perché le parti avevano convenuto di determinare l'irrevocabilità del decreto e di non porlo in esecuzione.

In definitiva, il patto *de non exequendo* così raggiunto sarebbe stato antecedente alla definitività del titolo esecutivo e proprio per questo ad avviso della società ricorrente idoneo a paralizzare l'azione del creditore fondata su quel giudicato.

4.1.- A sostegno della tesi, la Polaris richiama un orientamento di questa Corte (Cass. n. 8774/91, ripresa da Cass. n. 28170/19), che ha riconosciuto la validità del patto, stipulato anteriormente alla pronuncia di sentenza di condanna, contenente l'impegno di non avvalersi della esecutorietà *ex lege* della sentenza prima che abbia acquisito autorità di giudicato; si è valorizzato l'intento, di per sé meritevole di considerazione, di non dover provvedere, a seconda delle vicende del processo di cognizione, a un'altalena di attribuzioni patrimoniali o di incumbenti l'uno di segno opposto al precedente, e si è escluso che il patto confligga con i principi fondamentali del processo esecutivo o comporti pericolo per la realizzazione coattiva dell'obbligazione inadempita.

La ricorrente assume quindi la validità dell'accordo tra le parti, stipulato antecedentemente alla formazione del giudicato, che, senza incidere in alcun modo sulla situazione sostanziale come definitivamente accertata (si presuppone proprio l'esistenza del giudicato, si riferisce in ricorso: pag. 20), nondimeno disponga direttamente del diritto di promuovere l'esecuzione o il fallimento.

5.- Queste caratteristiche conformano il patto come negozio processuale innominato.

La dottrina di solito risolve il problema di questi negozi (benché perplessità siano insorte sulla stessa configurazione di negozio, considerato che l'accordo delle parti influisce sul processo solo attraverso l'eccezione, ed è il potere processuale di eccezione che rinviene nell'atto sostanziale uno dei suoi elementi costitutivi), osservando che il principio dell'autonomia privata non è riconosciuto nel settore processuale, in cui manca una norma come l'art. 1322 c.c.

5.1.- In alcuni casi, comunque, come osservava un autorevole studioso, le norme processuali riconoscono alle parti il potere di *«regolare a modo loro il rapporto processuale»*, ma solo in quei casi gli accordi possono condizionare e influenzare il processo, e nei limiti in cui è a essi consentito. Nel novero rientrano il compromesso e la clausola compromissoria (art. 806 e 808 c.p.c.), gli accordi derogativi della competenza territoriale (art. 28 c.p.c.), l'acquiescenza (art. 329 c.p.c.), la *revisio per saltum* (art. 360, comma 2, c.p.c.), e i patti relativi all'onere della prova (art. 2698 c.c.).

Di là da questi casi, poiché non v'è nel nostro ordinamento un processo convenzionale, non è consentito un atto di disposizione diretta del processo o dei diritti processuali.

6.- È, invece, consentito l'atto di disposizione del diritto sostanziale, che rifluisce nel processo.

Questo principio ha avuto significative applicazioni proprio in materia fallimentare, a proposito del *pactum de non petendo*, che partecipa della medesima natura di quello *de non exequendo*, là dove si è chiarito che l'efficacia di esso è correlata alla sua idoneità -che deve essere valutata alla luce della complessiva condizione debitoria dell'impresa, e, quindi anche con riguardo alla scadenza delle obbligazioni escluse dal patto medesimo- a escludere lo stato d'insolvenza del debitore, se e in quanto esso testimoni la condizione di credito e di fiducia di cui gode il debitore nel ceto creditorio considerato nel suo complesso (tra varie, Cass. n. 5525/92; n. 27386/05).

6.1.- Ma nel caso in esame, si è visto, la stessa ricorrente non afferma affatto che il patto che invoca abbia inciso sull'assetto sostanziale dei rapporti con la Group, regolato, e in maniera irretrattabile, dal giudicato; sostiene che col patto la creditrice, prima ancora del giudicato, del quale, anzi, col patto si è propiziata la formazione, si sia limitata a rinunciare al diritto di proporre istanza di fallimento.

7.- E allora, un tale patto, se pure abbia avuto la conformazione descritta in ricorso, che la controricorrente recisamente nega, sarebbe inammissibile, perché finirebbe per avere come oggetto le norme che regolano l'attività del giudice, e in particolare quelle che disciplinano gli effetti della sentenza.

È senz'altro rimesso alla volontà della parte vittoriosa servirsi, o no, del giudicato, ritardarne l'esecuzione, o anche rinunciarvi del tutto (Cass. 10 marzo 1934; sez. un., n. 1457/52; n. 1519/64); con la precisazione che, in tal caso, il *pactum de non exequendo* non modifica gli effetti del titolo, poiché si tratta pur sempre di un ordinario contratto ad effetti obbligatori, in virtù del quale chi possiede il titolo si obbliga a non metterlo in esecuzione,

ferma restandone l'esecutività (Cass. n. 5823/19, punto 2.2., citata dalla stessa ricorrente).

7.1.- Se le parti, tuttavia, stipulano quel patto prima che il titolo divenga definitivo, esso finisce assorbito dal giudicato, che detta l'unica disciplina della fattispecie: le parti possono disporre della situazione sostanziale, ma non dell'oggetto del processo (Cass., sez. un., n. 4090/17, punto 2); e l'oggetto del processo è, appunto, definito dal giudicato, il quale colpisce tutto ciò che vi rientri (Cass. n. 33021/22; n. 4632/23).

8.- L'orientamento di questa Corte citato in ricorso si rivela dunque smentito dai principi generali, che sorreggono il formante giurisprudenziale, anche delle sezioni unite, del quale si è dato conto.

Si consideri che, con riguardo al patto di salto dell'impugnazione, che, pure, è espressamente contemplato dal legislatore, questa Corte (Cass. n. 4480/1986; conf., n. 2021/97) ha chiarito che l'art. 360, comma 2, c.p.c. va inteso non già come preventiva modificazione, per volontà delle parti, dell'ordinario sistema dei gradi di giudizio, ma, più semplicemente, come concorde omissione di un passaggio processuale dopo che ne sono maturati i presupposti.

8.1.- I fatti precedenti alla pronuncia, dotata o no di immutabilità, dunque, non sono idonei a fondare un'opposizione all'esecuzione o comunque a paralizzare il diritto di azione della parte vittoriosa.

Un patto come quello in esame può esplicitare la propria rilevanza se speso nel giudizio di cognizione, qualora la sentenza non sia definitiva; ma se la sentenza lo è perché è successivamente intervenuto il giudicato, l'operatività dal patto è del tutto preclusa.

9.- Corretta è dunque la statuizione della Corte d'appello, che ha escluso l'incidenza del patto sull'esercizio del diritto processuale della Group di promuovere istanza di fallimento della Polaris facendo leva sull'accertamento con giudicato della posizione creditoria vantata, intervenuto successivamente alla stipulazione del patto.

9.1.- Ne deriva altresì che nessun abuso del diritto o del processo è configurabile.

10.- Il ricorso è rigettato e le spese seguono la soccombenza.

Per questi motivi

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente a pagare le spese, che liquida in euro 10.000,00 per compensi, oltre a euro 200,00 per esborsi, al 15% a titolo di spese forfetarie, iva e cpa.

Dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il raddoppio del contributo unificato, se dovuto.

Così deciso in Roma, il 12 settembre 2023.