

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Difesa volta a negare la sussistenza dell'obbligazione di manleva e conclusionale basata sull'asserito adempimento: eccezione nuova non deducibile

Va escluso che l'eccezione dedotta in maniera esplicita in comparsa conclusionale sia contenuta in realtà, sia pure implicitamente, anche nella prima difesa qualora trattasi, in verità, di due situazioni diversi ed incompatibili fra di loro: la prima difesa essendo volta a negare la sussistenza dell'obbligazione di manleva; la seconda, invece, essendo basata sull'asserito adempimento di quell'obbligazione. Trattasi quindi, all'evidenza, di situazioni ben diverse sul piano fattuale, prima ancora che giuridico, con la conseguenza che l'ulteriore prospettazione di una delle due in un momento successivo (nel caso in esame nella comparsa conclusionale del giudizio di primo grado e nel giudizio di appello) configura certamente una eccezione nuova non deducibile tardivamente in primo grado né, tanto meno, per la prima volta avanti al giudice d'appello in un giudizio, nel quale trovano applicazione le disposizioni vigenti posteriormente al novella del 2009.

NDR: in senso conforme Cass. 7.7.2004, n. 12417.

Corte di appello di Roma, sentenza del 30.10.2018

...omissis...

La appellante ha impugnato la sentenza per i seguenti motivi:

con il I° motivo di appello si censura la sentenza per "Violazione dell'art.112 c.p.c..

Insufficienza e contraddittorietà della motivazione per omessa valutazione di tutti gli elementi di fatto dedotti. Travisamento dei presupposti con riferimento alla manleva azionata da L. S.p.a."; e si sostiene che il primo giudice non aveva tenuto conto della circostanza, dedotta e provata in primo grado, relativa alla previsione da parte di ETI SpA di apposito fondo rischi previsionale a favore di E. SpA così come risultante nel bilancio 2003 (doc 5 I gr.) costituito con gli utili distribuibili ai quali Eti aveva rinunciato.

La appellata L. S.p.A. ha eccepito la inammissibilità della deduzione di parte appellante richiamando la già sollevata eccezione di inammissibilità formulata con la memoria di replica ex art.190 c.p.c. in primo grado per avere la allora convenuta BAT proposto la questione della costituzione di un fondo rischi solo nella comparsa conclusionale, senza mai farvi cenno nel corso istruttorio del giudizio. L'eccezione che si basa sul disposto dell'art.345 c.p.c. è fondata poiché risulta evidente - per tabulas - che la odierna appellante sino al momento del deposito della comparsa conclusionale di I° grado non aveva mai allegato, dedotto, eccepito nulla in merito al c.d. fondo rischi costituito da ETI S.p.A. a favore di E. S.p.A. (società che all'epoca la prima controllava totalmente); e questa questione costituiva in I° grado, ed ancor più in questo grado, una inammissibile modifica del thema decidendum e probandum nei cui confronti la appellata aveva subito eccepito l'inammissibilità dichiarando di non accettare il contraddittorio.

La difesa spiegata dalla appellante, nel tentativo di escludere il carattere di novità alla tesi espressa in comparsa conclusionale e poi qui riproposta, che la questione relativa alla esistenza di un fondo rischi creato da ETI proprio per coprire eventuali addebiti fiscali per furti ed ammanchi di generi di monopolio costituisse, in realtà, una eccezione di estinzione del debito, non è condivisibile non fosse altro perché l'estinzione per pagamento presuppone, quanto meno, che il creditore abbia ottenuto quanto preteso - in tutto od in parte - dal debitore o da un suo delegato, e non che le somme in questione possano essere considerate come allocate/destinate ad un fine simile a quello preteso dal creditore verso il suo debitore; come per il caso di allegazione di un bilancio societario che indichi una posta di passivo riportante delle cifre riferite ad un "fondo rischi". E comunque la appellante non considera che la posizione delle parti nel procedimento viene desunta unicamente dal contenuto della domanda o delle eccezioni nonché dalle rispettive tesi dedotte a sostegno e non già dalla documentazione prodotta la quale può svolgere solo la funzione di prova relativamente alle circostanze di fatto indicate a supporto del quadro giuridico prospettato. L'esigenza primaria di natura pubblicistica di un ordinato svolgimento del processo non consente una diversa soluzione, potendo prestarsi la documentazione, se non ancorata ad un'esplicita posizione iniziale, a più tesi e si finirebbe così, come è avvenuto, per introdurre nuovi temi d'indagine rispetto a quelli delineati in precedenza. Né potrebbe ritenersi che l'eccezione dedotta in maniera esplicita in comparsa conclusionale fosse contenuta in realtà, sia pure implicitamente, anche nella prima difesa di BAT, trattandosi, in verità, di due situazioni diversi ed incompatibili fra di loro: la prima difesa essendo volta a negare la sussistenza dell'obbligazione di manleva in capo a BAT - la seconda, invece, essendo basata sull'asserito adempimento di quell'obbligazione mediante la rinuncia di ETI SpA agli utili distribuibili trasformati in accantonamento nel bilancio di E. spa al 30.9.2003.

Trattasi quindi, all'evidenza, di situazioni ben diverse sul piano fattuale, prima ancora che giuridico, concretizzandosi la prima nella negazione di essere obbligata a

manlevare L. e la seconda nella affermazione dell'avvenuto adempimento all'obbligo di manleva, con la conseguenza che l'ulteriore prospettazione di una delle due in un momento successivo (nel caso in esame nella comparsa conclusionale del giudizio di primo grado e nel giudizio di appello) configura certamente una eccezione nuova non deducibile tardivamente in primo grado né, tanto meno, per la prima volta avanti al giudice d'appello in un giudizio, come quello in esame, nel quale trovano applicazione le disposizioni vigenti posteriormente al novella del 2009 (cfr. tra le tante Cass. civ., sez. I, 07-07-2004, n. 12417).

All'inammissibilità della questione su cui si fonda il I° motivo di appello, consegue il suo rigetto anche nel merito.

Con il II° motivo la sentenza viene censurata per "Contraddittorietà della motivazione . Violazione dell'art.1227 c.c. con riferimento alla condanna di BAT Italia S.p.a. a rimborsare anche gli interessi di mora e sanzioni con riferimento all'avviso di accertamento n. DAC/CTL/11517/07 e cartella n. 0972008023406961000", e si sostiene che erroneamente il Tribunale aveva posto a suo carico anche gli oneri accessori per ritardato pagamento mentre la causa del ritardo andava ascritta unicamente all'obbligata L..

In merito ai rilievi sollevati dalla appellante la decisione del Tribunale aveva motivato che "riguardo alla eccezione sollevata dalla convenuta in ordine alla domanda di restituzione di quanto versato da L. anche a titolo di sanzioni ed interessi, rileva il Tribunale che non risulta formulata da BAT alcuna deduzione riguardo al colpevole ritardo in ordine al pagamento del debito garantito. Invero, l'odierna attrice ha esercitato la preventiva azione di impugnazione degli atti impositivi dinanzi alla competente Commissione Tributaria e ha tentato di ottenere la manleva da parte di BAT, subito dopo aver ricevuto l'avviso di accertamento. Il diniego di manleva da un lato e il rigetto della istanza di sospensione cautelare dell'atto tributario dall'altro hanno quindi determinato L. a procedere al pagamento tardivo dell'accisa nonché dei maturati interessi legali sulla imposta fino a quel momento rimasta inevasa".

Il motivo è infondato condividendosi la motivazione del Tribunale e questo potrebbe esonerare questa Corte dall'analisi puntuale ed approfondita del motivo di appello poiché la motivazione per relationem è oramai ampiamente riconosciuta come legittima anche nel giudizio di appello (cfr. Cass. civ., sez. trib., 16-04-2014, n. 8850; Cass. civ., sez. un., 18-03-2010, n. 6538: è legittima la motivazione per relationem della sentenza pronunciata in sede di gravame, purché il giudice d'appello, facendo proprie le argomentazioni del primo giudice, esprima, sia pure in modo sintetico, le ragioni della conferma della pronuncia in relazione ai motivi di impugnazione proposti, in modo che il percorso argomentativo desumibile attraverso la parte motiva delle due sentenze risulti appagante e corretto).

A tal proposito risulta sufficiente argomentare come le censure sollevate non tengano conto che la questione oggetto della controversia riguardava i rapporti diretti tra L. e Bat Italia in relazione all'obbligo di manleva che la seconda aveva verso la prima, del tutto diversi dai rapporti legati alla pretesa fiscale dell'Azienda dei Monopoli di Stato; con l'unica reciproca influenza derivante dall'eventuale accertamento di insussistenza della pretesa fiscale a carico di L. (che nei fatti non risulta avvenuta anche in esiti ai giudizi tributari svoltisi). Il diverso piano su cui operano le due pretese giustifica l'obbligazione della appellante di adempiere alla concessa manleva per le intere somme corrisposte dalla garantita al creditore principale. E su queste basi si fonda anche l'irrelevanza delle questioni di ordine preliminare che la appellante ha esposto nella sua comparsa conclusionale (intervenuto difetto di interesse ad agire in capo a L.). A prescindere, difatti, dagli esiti che la controversia tributaria che vede contrapposti la L. SPA e l'Erario dello Stato, non v'è dubbio che l'obbligazione tributaria conseguente all'avviso di accertamento e alla conseguente cartella di pagamento - aventi ad oggetto il pagamento delle accise riguardanti 43 furti avvenuti tra il 1° agosto 1999 ed il 9 maggio 2002 all'interno dei depositi fiscali nei cui registri erano state annotate le relative partite in sospeso - non è mai stata revocata e grava

sulla appellata. E tale situazione non è mutata neppure in seguito alla pronuncia della sentenza n.4531/2018 della Commissione Tributaria Regionale del Lazio (allegata con la comparsa conclusionale della appellante) posto che - secondo quanto risulta dalla predetta sentenza - "come rilevato dalla Cassazione esulano dal presente giudizio la tematica relativa all'atto presupposto e ogni questione concernente la legittimazione passiva e l'ambito di responsabilità di s.p.a. L." trattando solo delle questioni legate al "beneficium excussionis" che, come è chiaro, concerne i diritti del debitore chiamato ad adempiere facoltizzato ad opporlo al creditore che agisce prima di avere escusso il patrimonio del debitore principale. E comunque, nel caso in esame la appellata L. ha già pagato la cartella n. 0972008023420696100 e da tale pagamento, comprensivo peraltro degli interessi a partire dal 6 luglio 2009, ha chiesto alla appellante di essere manlevata e tenuta indenne. Il presupposto della presente azione è, dunque, una circostanza già verificatasi, il pagamento, per l'appunto, eseguito il 6 luglio 2009, circostanza che - per il momento (e almeno fino a quando non vi sia il giudicato sul giudizio relativo all'impugnazione dell'avviso di accertamento) - non è venuto meno. Pertanto, già solo per questo non è configurabile in alcun modo una carenza sopravvenuta di interesse ad agire. *omissis*

L'appello, per tali ragioni, va respinto.

Di conseguenza la appellante va condannata al pagamento delle spese di questo giudizio, a favore delle appellate, e liquidate tenuto conto del valore della controversia e delle attività compiute dal procuratore della parte nel presente giudizio secondo i parametri ministeriali attualmente in vigore (d.m. 10.3.2014 n. 55) che, per le cause avanti alla Corte di Appello, prevedono: *omissis*

Infine, rilevato che l'impugnazione in esame è sottoposta alla disciplina di cui alla legge 228/2012 (che ha modificato l'art. 13 t.u. di cui al d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115, introducendo dopo il comma 1 ter il comma 1 quater), di conseguenza, la parte appellante è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione. Infatti in materia di impugnazioni, l'obbligo del versamento, per l'appellante, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato in caso di rigetto integrale della domanda (ovvero di definizione negativa, in rito, del gravame), è previsto per i procedimenti iniziati in data successiva al 1° gennaio 2013, come il presente giudizio.

PQM

La Corte di appello *omissis* rigetta l'appello; condanna la appellante alla rifusione delle spese sostenute dalle appellate nel presente grado di giudizio, liquidando il compenso professionale in totali € 42.603,00 (oltre al rimborso forfetario delle spese generali pari al 15% del liquidato compenso), con l'IVA ed il CAP come per legge; dichiara la sussistenza dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 13, comma 1-quater, del DPR 115/2002 (Testo unico in materia di spese di giustizia - come aggiunto dall'art. 1 comma 17, della Legge 24 dicembre 2012, n. 228).