

Civile Sent. Sez. 3 Num. 29932 Anno 2022

Presidente: DE STEFANO FRANCO

Relatore: GUIZZI STEFANO GIAIME

Data pubblicazione: 13/10/2022

SENTENZA

sul ricorso 35007-2019 proposto da:

ZILIANI GIOVANNI, elettivamente domiciliato in Roma, Lungotevere della Vittoria 11, presso lo studio dell'Avvocato Giuseppe LORÈ, rappresentato e difeso dagli Avvocati Carlo Maria

SEVERINI, Guido VOLPI *pome da atto depositato in PCT cp 26.5.21 .*

- *ricorrente* -

contro

BAUMER HOLDING AG, in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Campitelli 3, presso lo studio degli Avvocati Domenico Felice COLELLA e Marco (Giuseppe) CONSONNI, che la rappresentano e difendono;

- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. 3715/2019 della CORTE DI APPELLO di MILANO, depositata l'11/09/2019;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19/05/2022 dal Consigliere Dott. Stefano Giaime GUIZZI.

FATTI DI CAUSA

1. Giovanni Ziliani ricorre, sulla base di due motivi, per la cassazione della sentenza n. 3715/19, dell'11 settembre 2019, della Corte di Appello di Milano, che – accogliendo il gravame esperito dalla società Baumer Holding AG (d'ora in poi, "Baumer") avverso la sentenza n. 9883/17, del 29 settembre 2017, del Tribunale di Milano – ha accolto l'opposizione a precetto proposta da Baumer, in relazione alla procedura esecutiva intrapresa dallo Ziliani sulla base di titolo extragiudiziale, ex art. 474, comma 1, n. 3), cod. proc. civ., costituito dal rogito notarile del 16 dicembre 2015, con il quale, per il prezzo di € 200.000,00, egli aveva venduto a Baumer la propria residua partecipazione sociale nella predetta società.

2. Riferisce, in punto di fatto, l'odierno ricorrente che, essendosi Baumer resa inadempiente all'obbligo di pagare il prezzo di acquisto della partecipazione sociale (che avrebbe dovuto versare in due rate di pari importo, di € 100.000, da corrispondere, l'una, entro cinque giorni lavorativi dalla data di stipula del contratto, nonché, l'altra, non oltre il 29 febbraio 2016), egli agiva in via esecutiva in forza del succitato rogito notarile, notificandolo, unitamente all'atto di precetto, in data 20 aprile 2016.

Proponeva, tuttavia, opposizione la Bauer, vedendola inizialmente respingere – dopo che decisione di analogo tenore era stata adottata in relazione all'istanza di sospensione dell'efficacia



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

del titolo esecutivo – dal Tribunale milanese, con pronuncia, tuttavia, riformata dal giudice di appello, che accoglieva il gravame della già opponente. Esito al quale il secondo giudice perveniva sul rilievo che – contenendo il suddetto rogito una clausola compromissoria concernente “tutte le controversie derivanti dal presente contratto o in relazione allo stesso” – “sull’altare” di “una applicazione assoluta dell’art. 474, comma 1, n. 3), cod. proc. civ.”, non potesse “essere sacrificata la volontà delle parti di devolvere ad arbitri ogni questione” relativa al trasferimento della partecipazione sociale e, dunque, di basare anche l’esecuzione forzata sull’“unico titolo esecutivo possibile, costituito dall’emittendo lodo arbitrale”. Su tali basi, pertanto, veniva dichiarata l’inesistenza del diritto di procedere all’esecuzione.

3. Avverso la pronuncia della Corte ambrosiana ricorre per cassazione lo Ziliani, sulla base – come detto – di due motivi.

3.1. Con il primo motivo – proposto ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 4), cod. proc. civ. – è denunciata “nullità della sentenza per violazione degli artt. 163, comma 1, n. 4), 183, comma 5, e 345, comma 1, cod. proc. civ.”.

Esso censura la sentenza impugnata per aver respinto l’eccezione di tardività del motivo di opposizione – giacché proposto nella memoria ex art. 183, comma 6, cod. proc. civ. e non nell’atto di citazione in opposizione – secondo cui la presenza della clausola compromissoria, in un contratto ricevuto da notaio, priverebbe lo stesso dell’efficacia di titolo esecutivo attribuitagli dall’art. 474, comma 1, n. 3), cod. proc. civ.

In particolare, la sola ragione del rigetto dell’eccezione sarebbe stata costituita da una pretesa “ammissione” – da parte di esso Ziliani, nella propria comparsa in appello – della

 Corte di Cassazione - copia non ufficiale

tempestività della stessa; decisione, tuttavia, erronea, sotto più profili.

In primo luogo, perché l'avvenuta "*mutatio libelli*" – dal momento che Bauer, dopo aver inizialmente eccepito l'incompetenza del Tribunale adito in favore del collegio arbitrale avrebbe, poi, sostenuto che la clausola suddetta si sarebbe posta come una "rinuncia espressa" a porre in esecuzione il titolo, e dunque quale "*pactum de non exequendo ad tempus*" – era, comunque, rilevabile d'ufficio. E ciò perché avvenuta sia fuori dei limiti consentiti dalla giurisprudenza di questa Corte (anche nella sua massima sede nomofilattica: è richiamata Cass. Sez. Un., sent. 19 settembre 2018, n. 22404), sia in spregio, comunque, al divieto di "*nova*" in appello ex art. 345 cod. proc. civ.

In secondo luogo, perché nessuna "ammissione" della tempestività dell'eccezione conterebbe la comparsa di costituzione in appello di esso Ziliani.

3.2. Il secondo motivo – proposto ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3), cod. proc. civ. – denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 474, 615 e 808 cod. proc. civ.

Si censura, in questo caso, la sentenza impugnata per aver condiviso la tesi dell'opponente, secondo cui la previsione – in un contratto che costituisce titolo esecutivo extragiudiziale – di una clausola compromissoria implica una deroga all'art. 474, comma 1, n. 3), cod. proc. civ., escludendo che tale contratto abbia la portata di un titolo esecutivo e comportando che il lodo arbitrale si ponga quale titolo "unico convenzionalmente valido tra le parti".

Nell'assumere come i precedenti giurisprudenziali citati dalla sentenza impugnata non siano conferenti (riguardando "processi di cognizione, pacificamente arbitrabili"), il ricorrente rileva che non si comprende come essa possa affermare che l'efficacia esecutiva dei titoli contrattuali di cui alla norma suddetta "possa



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

venir meno, in ragione del mero fatto che la competenza delle eventuali azioni di cognizione scaturenti da questi titoli contrattuali” – ivi compresa quella originata dall’opposizione ex art. 615 cod. proc. civ. – “spetti a un collegio arbitrale piuttosto che al giudice ordinario”.

In altri termini, la presenza, nel rogito, della clausola arbitrale aveva quale solo effetto che il giudizio di opposizione all’esecuzione fosse da radicare davanti al collegio arbitrale (come, peraltro, il ricorrente assume essere avvenuto, con decisione totalmente favorevole ad esso Ziliani), con la conseguenza che il titolo extragiudiziale azionato potesse venire meno all’esito di quella procedura, ma non certo di privare “*ab origine*” il rogito della sua efficacia di titolo esecutivo.

4. Baumer ha resistito, con controricorso, all’avversaria impugnazione, chiedendone la declaratoria di inammissibilità, ovvero, in subordine, di infondatezza.

In via preliminare, la controricorrente evidenzia che la presente vicenda giudiziaria si inserisce in un più ampio contenzioso pendente tra essa Baumer e lo Ziliani, nell’ambito del quale la prima ha agito contro il secondo per lamentare la sottrazione di segreti industriali e il compimento di atti di concorrenza sleale, tale essendo, dunque, la ragione del mancato pagamento del prezzo di acquisto delle quote di partecipazione, oggetto del rogito notarile del 16 dicembre 2015.

Ciò premesso in fatto, e non senza previamente eccepire l’inammissibilità (ai sensi dell’art. 372 cod. proc. civ.) del lodo arbitrale intervenuto tra le parti, Baumer assume – come detto – l’inammissibilità, e comunque la non fondatezza, dei due motivi di ricorso.

Quanto, in particolare, al primo di essi, la controricorrente – eccepita l’inammissibilità dello stesso innanzitutto perché,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

deducendo la violazione di norme di diritto, avrebbe dovuto essere proposto ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3), cod. proc. civ. – assume, comunque, l'esistenza di un giudicato interno in relazione alla presunta "*mutatio libelli*" che le viene addebitata.

Difatti, poiché tale eccezione venne proposta dallo Ziliani, in primo grado, "già nella sua seconda memoria ex art. 183, comma 6, cod. proc. civ.", il rigetto della stessa da parte del primo giudice – avendo esso respinto l'opposizione ex art. 615 cod. proc. civ. per ragioni di merito – avrebbe richiesto la proposizione di appello incidentale.

In ogni caso, il motivo – oltre che inammissibile ex art. 360-*bis* cod. proc. civ., essendosi essa Baumer attenuta, nell'operare la precisazione della propria domanda, ai criteri indicati dalle Sezioni Unite di questa Corte (Cass. Sez. Un., sent. 15 giugno 2015, n. 12310) – sarebbe pure infondata, stante la sostanziale corrispondenza tra quanto affermato nell'atto di citazione in opposizione e nella memoria ex art. 183, comma 5, cod. proc. civ.

Inammissibile e comunque infondato sarebbe pure il secondo motivo di ricorso, visto che la Corte milanese si sarebbe attenuta ai principi affermati dalla giurisprudenza di questa Corte che affermano la possibilità di devolvere ad arbitri anche le controversie in materia di opposizione all'esecuzione.

5. Entrambe le parti hanno depositato memoria, insistendo nelle rispettive argomentazioni.

6. Il Procuratore Generale presso questa Corte, in persona di un suo sostituto, ha rassegnato conclusioni scritte nel senso dell'accoglimento del secondo motivo.



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RAGIONI DELLA DECISIONE

7. Il ricorso va accolto, nei limiti di seguito indicati.

7.1. Il primo motivo è inammissibile, sebbene per ragioni diverse da quelle eccepite dalla controricorrente (e condivise dal Procuratore Generale presso questa Corte).

7.1.1. Va respinta, infatti, l'eccezione di giudicato interno, formulata da Baumer sul rilievo che lo Ziliani – che aveva eccepito già in primo grado l'avvenuta "*mutatio libelli*" – avrebbe dovuto esperire, al riguardo, appello incidentale.

Invero, in materia di impugnazioni, "la parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, non ha l'onere di proporre, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, appello incidentale per richiamare in discussione le eccezioni o le questioni superate o assorbite, difettando di interesse al riguardo, ma è soltanto tenuta a riproporle espressamente, in modo tale da manifestare la volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ." (da ultimo, Cass. Sez. 1, ord. 23 settembre 2021, n. 25840, Rv. 662488-01).

Si tratta di affermazione, del resto, conforme a quanto ritenuto dalle Sezioni Unite di questa Corte persino con riferimento all'eccezione di merito, giacché solo qualora essa "sia stata respinta in primo grado, in modo espresso o attraverso un'enunciazione indiretta che ne sottenda, chiaramente ed inequivocamente, la valutazione di infondatezza, la devoluzione al giudice d'appello della sua cognizione, da parte del convenuto rimasto vittorioso quanto all'esito finale della lite, esige la proposizione del gravame incidentale, non essendone, altrimenti, possibile il rilievo officioso ex art. 345, comma 2, cod. proc. civ.



(per il giudicato interno formatosi ai sensi dell'art. 329, comma 2, cod. proc. civ.)" (Cass. Sez. Un., sent. 12 maggio 2017, n. 11799, Rv. 644305-01).

Orbene, nel caso che occupa, con riferimento al motivo di opposizione volto a far valere la sussistenza della clausola compromissoria, il giudice di prime cure si è limitato ad osservare – con affermazione, dunque, tranciante, che non sottendeva in alcun modo una valutazione "chiara ed inequivoca" della infondatezza dell'eccezione formulata dal creditore opposto, relativa alla "*mutatio libelli*" (ma che semmai appariva applicazione del principio della "ragione più liquida") – che "il precetto impugnato configura un atto preordinato all'esecuzione forzata, che in nessun caso può essere rimesso ad arbitri".

Se tale era, dunque, il "*decisum*" del giudice di prime cure, il creditore opposto, per investire il giudice di appello dell'eccezione di "*mutatio libelli*", poteva limitarsi, come fatto, alla mera riproposizione della stessa, ex art. 346 cod. proc. civ.

7.1.2. Ciò non toglie, tuttavia, che il primo motivo del presente ricorso sia, comunque, inammissibile.

Tale è, innanzitutto, l'esito della censura di violazione dell'art. 345 cod. proc. civ; difatti, se il tema della (non consentita) modificazione del motivo di opposizione, relativo alla clausola arbitrale, venne già posto all'attenzione del primo giudice, per ciò solo viene meno la possibilità di configurare la violazione del divieto di "*nova*" in appello, che presuppone, evidentemente, che una determinata questione venga introdotta, per la prima volta, innanzi al giudice di seconde cure.

D'altra parte, anche la censura di violazione degli artt. 163, comma 1, n. 4), e 183, comma 5, cod. proc. civ. risulta inammissibile, formulata com'è, ovvero con riferimento al fatto che la Corte territoriale avrebbe ritenuto "ammessa" dall'opposto

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

l'identità del motivo (relativo alla clausola compromissoria) come formulato nell'atto di opposizione di Baumer e come precisato nella memoria ex art. 183 cod. proc. civ.

In disparte, infatti, il rilievo che nella sentenza oggi impugnata non vi è alcuna espressa affermazione che dia per "ammessa", dal creditore opposto, l'assenza di "*mutatio libelli*", deve, in ogni caso, rilevarsi che la censura in esame non rispetta il disposto di cui all'art. 366, comma 1, n. 6), cod. proc. civ.

Invero, lo Ziliani non ha provveduto a riprodurre in ricorso gli stralci dei propri scritti defensionali, necessari a far constatare che tale "ammissione" non vi fu, ma che egli, anzi, ebbe a far rilevare come all'impostazione originaria di Baumer nel proprio atto di opposizione – relativa al difetto di competenza del Tribunale milanese, in favore del collegio arbitrale – avesse fatto seguito l'eccezione di inefficacia, quale titolo esecutivo, del rogito notarile.

Tale carenza ricostruttiva, pertanto, impone di dare seguito all'affermazione secondo cui "sono inammissibili le censure fondate su atti e documenti del giudizio di merito qualora il ricorrente si limiti a richiamare tali atti e documenti, senza riprodurli nel ricorso ovvero, laddove riprodotti, senza fornire puntuali indicazioni necessarie alla loro individuazione con riferimento alla sequenza dello svolgimento del processo inerente alla documentazione, come pervenuta presso la Corte di cassazione, al fine di renderne possibile l'esame, ovvero ancora senza precisarne la collocazione nel fascicolo di ufficio o in quello di parte e la loro acquisizione o produzione in sede di giudizio di legittimità" (Cass. Sez. Un., sent. 27 dicembre 2019, n. 34469, Rv. 656488-01).

7.2. Il secondo motivo è, invece, fondato.

7.2.1. Sul punto va, peraltro, premesso che il tema da esso posto non è – come pretenderebbe, invece, parte controricorrente – quello della possibilità di devolvere ad arbitri anche il giudizio di opposizione all'esecuzione (possibilità sulla quale si veda Cass. Sez. 3, ord. 30 marzo 2018, n. 7891, Rv. 648308-01, richiamata, dunque, impropriamente dalla sentenza oggi impugnata).

Per contro, la questione oggetto del motivo in esame attiene alla possibilità di ricollegare all'inserimento di una clausola arbitrale in un rogito notarile (atto la cui efficacia come titolo esecutivo dipende "dalla pubblica fede che il notaio vi attribuisce"; cfr. Cass. Sez. 3, sent. 19 luglio 2005, n. 15219, Rv. 583283-01; in senso conforme anche Cass. Sez. 3, sent. 19 settembre 2014, n. 19738, Rv. 632703-01), l'effetto non (solo) di devolvere agli arbitri ogni controversia – ivi compresa quella sull'opposizione all'esecuzione – relativa al suo contenuto, ma anche di privare il rogito della sua idoneità a fungere da titolo esecutivo, ex art. 474, comma 1, n. 3), cod. proc. civ.

Sotto questo profilo, deve osservarsi che per giustificare una simile conclusione non vale richiamarsi al principio dell'autonomia privata, configurando la clausola arbitrale suddetta come rinuncia all'esecuzione, o meglio come "*pactum de non exequendo ad tempus*". Esso, infatti, distinguendosi dal "*pactum de non petendo*" (il quale di regola incide "direttamente sopra l'elemento oggettivo del rapporto obbligatorio preesistente, il contenuto del quale o viene arricchito mediante la apposizione alla prestazione dovuta di un termine che prima non esisteva, o viene modificato mediante lo spostamento in avanti del termine che in precedenza vi ineriva"), risulta "rivolto a non rendere esperibili le forme del processo esecutivo per la realizzazione del credito sino a quando la sentenza di condanna al pagamento di esso non sia passata in giudicato", così realizzando l'intento delle parti – "di per sé meritevole di considerazione e non dispregiativo della funzione



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

giurisdizionale” – di “non dover provvedere, a seconda delle vicende del processo di cognizione, ad una altalena di attribuzioni patrimoniali o di incumbenti l’uno di segno opposto al precedente”, così soddisfacendo un interesse privato “che in quanto rivolto a realizzare una economia di giudizi ed un pragmatico temperamento tra certezza di accertamento ed effettività di tutela della posizione di diritto dedotta in lite, risulta ispirato a valori non diversi da quelli perseguiti dall’ordinamento processuale positivo” (così, in motivazione, Cass. Sez. 3, sent. 12 agosto 1991, n. 8774, Rv. 473493-01).

Se tale è, dunque, la funzione del “*pactum de non exequendo ad tempus*”, ovvero di operare “la subordinazione pattizia dell’esercizio dell’azione esecutiva alla formazione del giudicato” (cfr., nuovamente, Cass. Sez. 3, sent. 8774 del 1991, *cit.*), occorre che essa risulti chiaramente delineata in una pattuizione contrattuale, non potendo ritenersi insita nel solo fatto che le parti – nel dare vita, per giunta, ad un atto che è idoneo a porsi come titolo esecutivo extragiudiziale – abbiano previsto la devoluzione ad arbitri di ogni controversia relativa a detta pattuizione.

Come ha, esattamente, osservato il Procuratore Generale presso questa Corte, dalla genericità della clausola compromissoria siffatta rinuncia all’esecutorietà del rogito notarile non emerge, donde la necessità dell’accoglimento del motivo.

8. In conclusione, il ricorso va accolto quanto al suo secondo motivo e la sentenza impugnata cassata in relazione, rinviando alla Corte di Appello di Milano, in diversa composizione, per la decisione nel merito, oltre che per la liquidazione delle spese processuali, ivi comprese quelle del presente giudizio di legittimità.

PQM

11



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

La Corte dichiara inammissibile il primo motivo di ricorso e accoglie il secondo, cassando in relazione la sentenza impugnata e rinviando alla Corte di Appello di Milano, in diversa composizione, per la decisione nel merito, oltre che per la liquidazione delle spese processuali, ivi comprese quelle del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, all'esito di pubblica udienza della Sezione Terza Civile della Corte di Cassazione, svoltasi – in forma camerale,



Corte di Cassazione - copia non ufficiale