

Civile Sent. Sez. 3 Num. 26097 Anno 2016

Presidente: TRAVAGLINO GIACOMO

Relatore: BARRECA GIUSEPPINA LUCIANA

Data pubblicazione: 19/12/2016

**SENTENZA**

Ud. 15/02/2016

PU

sul ricorso 22080-2013 proposto da:

MANZI ANTONIO MNZNTN49H25H703T, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA GIULIANA 66, presso lo studio dell'avvocato PIETRO PATERNO' RADDUSA, che lo rappresenta e difende giusta procura speciale a margine del ricorso;

- **ricorrente** -



2016

341

**contro**

UNICREDIT SPA in persona del legale rappresentante pro tempore GIORGIO TASCA nella qualità di Quadro Direttivo, elettivamente domiciliata in ROMA,



LUNGOTEVERE A. DA BRESCIA 9-10, presso lo studio  
dell'avvocato ANDREA FIORETTI, che la rappresenta e  
difende giusta procura speciale in calce al  
controricorso;

**- controricorrente-**

avverso la sentenza n. 1407/2013 della CORTE  
D'APPELLO di ROMA, depositata il 13/03/2013, R.G.N.  
1407/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 15/02/2016 dal Consigliere Dott.  
GIUSEPPINA LUCIANA BARRECA;

udito l'Avvocato ANDREA FIORETTI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale DOTT. GIANFRANCO SERVELLO che ha concluso  
per l'accoglimento del 7° motivo, rigetto degli  
altri;



## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Banca Medio Credito S.p.a. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, il notaio Antonio Manzi esponendo che, con atto a rogito di quest'ultimo, l'istituto di credito aveva concesso ai signori Massimiliano e Sabrina Ottaviani un mutuo fondiario di 200.000.000 di lire, a garanzia del quale era stata iscritta ipoteca su quattro unità immobiliari appartenenti alla s.a.s. "The King di Ottaviani Massimiliano & C. S.a.s."; che i mutuatari si erano resi inadempienti; che soltanto al momento dell'instaurazione della procedura esecutiva ai loro danni e nei confronti della società datrice di ipoteca l'istituto di credito aveva preso contezza che quest'ultima era amministrata da Massimiliano Ottaviani. Deduceva che la garanzia ipotecaria sarebbe stata affetta da nullità perché ricorreva l'ipotesi di reato di cui all'art. 2624 cod. civ. e che la banca non avrebbe potuto in alcun modo procedere al recupero delle somme dovute dai signori Ottaviani, né sottoporre ad esecuzione forzata l'immobile ipotecato. Concludeva chiedendo che fossero accertate l'invalidità/nullità dell'ipoteca e la responsabilità professionale del notaio rogante, con condanna di quest'ultimo al risarcimento del danno subito dalla banca, pari ad € 180.598,37 o ad altra somma accertata in corso di causa, oltre accessori.

1.1.- Si costituiva in giudizio il notaio Manzi, eccependo l'incompetenza territoriale del Tribunale di Roma in favore del Tribunale di Latina, sezione distaccata di Terracina, sostenendo la natura reale dell'azione perché *actio negatoria* volta ad



ottenere la dichiarazione di libertà dei beni immobili gravati da ipoteca. Nel merito, contestava che l'iscrizione ipotecaria fosse nulla sia perché non sarebbe stato applicabile l'art. 2624 cod. civ., nel testo previgente, sia perché l'ipoteca non sarebbe stata concessa dalla società per un debito proprio dell'amministratore o di uno dei soci, ma per effettuare una ristrutturazione nell'interesse della stessa società datrice d'ipoteca; aggiungeva che comunque, anche a voler ritenere applicabile l'art. 2624 cod. civ., questo era stato abrogato col d.lgv. n. 61/2002 con effetto retroattivo. Concludeva pertanto chiedendo il rigetto delle domande dell'attore.

**1.2.-** Il Tribunale di Roma, con sentenza del 3 maggio 2004, accoglieva l'eccezione di incompetenza e -qualificando la domanda rassegnata dall'attore come *actio negatoria* del diritto reale di garanzia- dichiarava la competenza del Tribunale di Latina - sezione distaccata di Terracina.

**1.3.-** La causa veniva riassunta da Unicredit Banca d'Impresa - UBI s.p.a. (già Banca Mediocredito), che prestava acquiescenza alla dichiarazione di incompetenza, ed il notaio dott. Manzi si costituiva, eccependo la carenza di interesse e di legittimazione della banca attrice in merito alla domanda di accertamento dell'invalidità/nullità dell'iscrizione ipotecaria, spettando questa alla società proprietaria del bene gravato d'ipoteca, e comunque il proprio difetto di legittimazione passiva, sottolineando come i soli soggetti legittimati a resistere alla domanda di accertamento della nullità di un'iscrizione ipotecaria



fossero le parti del rapporto contrattuale o obbligatorio rispetto al quale era stata iscritta l'ipoteca, cioè i debitori principali. Eccepeva, quindi, la violazione dell'art. 102 cod. proc. civ. per la mancata citazione sia della società "The King di Ottaviani & C. s.a.s." sia dei signori Ottaviani, litisconsorti necessari pretermessi. Nel merito, ribadiva le difese già svolte.

**1.4.-** Con sentenza n. 207/2006, resa in data 26 maggio 2006, il Tribunale di Latina - sezione distaccata di Terracina, dichiarava inammissibili le domande, compensando le spese di lite, perché riteneva che -qualificata la domanda principale come "*actio negatoria*", in quanto volta alla dichiarazione di libertà degli immobili dalle ipoteche- l'istituto di credito fosse privo di legittimazione ad agire, essendo legittimato soltanto il proprietario dei beni gravati dal diritto reale di garanzia.

**2.-** Avverso la sentenza proponeva appello Unicredit Banca d'Impresa - UBI s.p.a. L'appellato si costituiva tardivamente, contestando la fondatezza del gravame e chiedendone il rigetto.

Con la decisione qui impugnata, pubblicata il **14 marzo 2013**, la Corte d'Appello di Roma ha accolto parzialmente l'appello e, in riforma della sentenza di primo grado, accertata la nullità del negozio di costituzione di ipoteca e riconosciuta la concorrente responsabilità della banca ex art. 1227, primo comma, cod. civ., ha condannato il notaio Antonio Manzi a pagare alla parte appellante, per risarcimento danni, la somma di € 51.645,69, oltre interessi legali dal 9 gennaio 1996 al saldo. Ha compensato interamente tra le parti le spese del doppio grado.



3.- Il dott. Antonio Manzi propone ricorso affidato a sette motivi.

Unicredit S.p.A. resiste con controricorso.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Col primo motivo si denuncia <<violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 100 c.p.c. in relazione agli artt. 1418 e 1421 c.c. ed all'art. 360 n. 3 e n. 4 c.p.c.; violazione e falsa applicazione degli artt. 34 e 102 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 3 e 4 c.p.c.; nullità della sentenza>>.

Il ricorrente -dopo aver ribadito che la qualificazione della domanda come *actio negatoria* avrebbe dovuto escludere la legittimazione attiva della banca e dopo aver dedotto che, anzi, l'istituto di credito mutuante avrebbe avuto interesse contrario alla liberazione del bene dall'iscrizione ipotecaria- censura la sentenza nelle parti in cui il giudice di secondo grado: 1) ha ritenuto che avrebbe potuto "valutare incidentalmente" l'invalidità dell'ipoteca; 2) ha altresì affermato che l'accertamento della nullità dell'iscrizione ipotecaria comunque "era stato espressamente richiesto dall'attrice, con efficacia di giudicato tra le parti"; 3) ha riconosciuto la legittimazione dell'istituto di credito a richiedere siffatto accertamento al fine di ottenere la condanna al risarcimento dei danni del notaio che aveva rogato l'atto costitutivo della garanzia reale invalida, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei debitori principali né della società datrice di ipoteca.





Il ricorrente sostiene che l'accertamento dell'invalidità dell'iscrizione ipotecaria *incidenter tantum* non sarebbe affatto consentito e si porrebbe in contrasto con l'art. 34 cod. proc. civ., in quanto le due domande proposte dall'istituto di credito sarebbero tra loro avvinte da un rapporto di pregiudizialità logica e non tecnica. Aggiunge che comunque risulterebbe violato l'art. 102 cod. proc. civ.

**1.1.-** Col secondo motivo si denuncia <<violazione e falsa applicazione degli artt. 2624 cod. civ., 1418 cod. civ., 11 preleggi cod. civ., 2 cod. pen., 38 e ss d.lgs. 385/1993, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.; error in procedendo ex art. 115 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c.- omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ex art. 360 n. 5 c.p.c.>>.

Il motivo censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto invalida e contraria a norme imperative la concessione di ipoteca, per insanabile contrasto con l'art. 2624 cod. civ.

Il ricorrente evidenzia come la norma, vigente all'epoca della stipulazione dell'atto, avesse natura penale e non civilistica, a nulla rilevando la sua collocazione nel corpus del codice civile. Sostiene che si sarebbe dovuto applicare l'art. 2, comma secondo, cod. pen., con la conseguenza che la novella di cui al d.lgv. 61/2002 avrebbe fatto venire meno la fattispecie di reato prevista dall'art. 2624 cod. civ. (senza che vi sia alcuna continuità normativa col vigente art. 2634 cod. civ.) ed il giudice civile, verificata l'*abolitio criminis*, non avrebbe dovuto ritenere

invalida ed inefficace l'iscrizione ipotecaria. Quindi, la sentenza avrebbe violato gli artt. 2624 cod. civ., 2 c.p. e 11 prel. cod. civ.

Sotto altro profilo, il ricorrente denuncia l'errata interpretazione ed applicazione dell'art. 2624 cod. civ., in quanto il giudice ha ommesso di considerare che il mutuo non sarebbe stato erogato per debiti personali dei soci, ma per procedere alla ristrutturazione ed all'ampliamento dei beni immobili di proprietà della società garante ed oggetto dell'iscrizione ipotecaria, come sarebbe stato dedotto e provato in corso di causa.

**2.-** I motivi, da esaminarsi congiuntamente per ragioni di connessione, sono fondati nei limiti e per le ragioni di cui appresso.

Con riferimento al primo motivo, va evidenziato che è questione controversa se ci possa essere una dichiarazione di nullità di un contratto senza che, per legge, la relativa pronuncia acquisti efficacia di giudicato; è cioè controverso che ci possa essere un accertamento meramente incidentale della nullità, alla stregua della distinzione -richiamata pure in ricorso- tra questione pregiudiziale in senso logico e questione pregiudiziale in senso tecnico (cfr. Cass. n. 3248/01, n. 14578/05, nonché Cass. S.U. n. 14650/2011), facendo cioè della nullità una questione pregiudiziale in senso logico.

Sebbene in alcune occasioni si sia data risposta positiva al quesito, ammettendo che, in mancanza di domanda di parte, la





questione di nullità di un contratto non dia luogo a causa pregiudiziale in senso proprio, ma soltanto a questione pregiudiziale, l'attualità dell'orientamento è da revocarsi in dubbio alla stregua della più recente sentenza a Sezioni Unite n.26242 del 12 dicembre 2014.

Nella motivazione di questa si legge, infatti, che "[...], vanno in limine evidenziati gli indiscutibili inconvenienti di una nullità rilevata senza (possibili) effetti di giudicato, attesa la valutazione normativa di tipo sostanziale - dell'estremo disvalore giuridico dell'atto nullo, ex se improduttivo di effetti al di là e a prescindere dall'intervento del giudice, che, quand'anche sollecitato, avrebbe portata soltanto ricognitivo/dichiarativa dell'inefficacia del negozio. La nullità, sul piano sostanziale, non necessita di alcuna fase attuativa per divenire effettiva, poiché la norma che la sancisce rifiuta ab origine la tutela e nega ogni possibile effetto al negozio nullo [...] Valga osservare come la vera ratio della rilevabilità officiosa della nullità non sia quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico, ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici. Si intende, allora, come da un lato l'esigenza di preservare la sostanziale unitarietà della categoria della nullità negoziale si coniughi con l'obbligo di rilevazione d'ufficio sempre e comunque imposto al giudice, dall'altro come tale obbligo contemperì in modo

equilibrato il duplice valore della tutela degli interessi generali sottesi alla nullità e della salvaguardia dell'iniziativa di parte nel processo. Ne consegue che, mentre tra rilevazione e dichiarazione di una nullità negoziale esiste un rapporto di collegamento, tra dichiarazione ed idoneità al giudicato appare predicabile una relazione di sostanziale identità". Corollario di siffatta affermazione è che l'accertamento della nullità di un negozio non può mai avvenire incidentalmente, senza efficacia di giudicato.

**2.1.-** Ulteriore conseguenza dei principi affermati nel citato precedente a Sezioni Unite è ancora quella per cui il giudizio di accertamento della nullità di un negozio deve necessariamente svolgersi nei confronti di tutte le parti del negozio.

Risulta perciò superata la giurisprudenza richiamata nella sentenza impugnata, che afferma che la domanda di nullità di un contratto, avendo natura accertativa e non costitutiva, sarebbe proponibile anche nei confronti di uno soltanto dei contraenti (cfr. Cass. n. 729/73 e n. 5179/91).

**2.1.-** Nel caso di specie, è corretta l'interpretazione della domanda che la Corte d'appello ha fatto come domanda di accertamento della nullità del negozio di costituzione di ipoteca, piuttosto che come azione reale (così come qualificata dal primo giudice), così come è corretta l'interpretazione data alla domanda risarcitoria come domanda di affermazione della responsabilità professionale del notaio per aver rogato un atto affetto da



nullità (cfr., tra i precedenti in cui si è avuta l'affermazione della responsabilità del notaio, in giudizio in cui però erano presenti tutte le parti del negozio dichiarato nullo, Cass. n. 10604/94).

Tuttavia, non è corretta l'affermazione del giudice secondo cui l'accertamento della nullità si sarebbe potuto compiere incidentalmente e nemmeno l'affermazione secondo cui la nullità avrebbe potuto essere dichiarata con efficacia di giudicato senza che nel processo fossero presenti le parti del negozio impugnato - così come è stato nella specie, in cui è mancata l'evocazione in giudizio della parte concedente l'ipoteca, vale a dire della società The King di Ottaviani Massimiliano & C. S.a.s..

Essendo certo questo dato, non è necessario nemmeno verificare se l'atto pubblico notarile abbia avuto ad oggetto un'ipoteca concessa mediante negozio unilaterale (con dichiarazione proveniente ex art. 2821 cod. civ. dalla società terza datrice di ipoteca e con applicabilità comunque dell'art. 1324 cod. civ.) ovvero se si sia trattato di un contratto con la presenza di più parti contraenti, per giungere alla conclusione della mancanza di integrità del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 cod. proc. civ.

**3.-** Peraltro, rispetto alla denunciata violazione di questa norma (oggetto del primo motivo), ha carattere assorbente l'accoglimento del secondo motivo, poiché la dichiarazione di nullità del negozio costitutivo della garanzia ipotecaria, e quindi della relativa



iscrizione, si basa su un orientamento giurisprudenziale che il collegio ritiene di dover superare.

Va premesso che la norma applicabile è di certo l'art. 2624 cod. civ., nel testo vigente prima della sostituzione disposta dal decreto legislativo 11 aprile 2002 n. 61. Contrariamente a quanto si assume in ricorso non rileva l'*abolitio criminis* seguita a questo provvedimento normativo, che ha abrogato la disposizione. Non si tratta infatti di giudicare della sussistenza e delle conseguenze penali del reato, ma di deliberare se la norma, vigente all'epoca della concessione di ipoteca, abbia reso nullo per violazione di norma imperativa, ai sensi del primo comma dell'art. 1418 cod. civ., il negozio con cui è stata costituita la garanzia reale.

Il principio applicabile è quello correttamente richiamato dal giudice a quo secondo cui << In base ai principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, l'illiceità (e la conseguente invalidità) del contratto deve essere riferita alle norme in vigore nel momento della sua conclusione e, pertanto, il negozio giuridico nullo all'epoca della sua perfezione, perché contrario a norme imperative, non può divenire valido e acquistare efficacia per effetto della semplice abrogazione di tali disposizioni, in quanto, perché questo effetto si determini, è necessario che la nuova legge operi retroattivamente, incidendo sulla qualificazione degli atti compiuti prima della sua entrata in vigore>> (così già Cass. n. 1877/95 e n. 12438/95 nonché n. 4434/02 e n. 9937/06, e, da ultimo, Cass. n. 19989/13); principio, che è corollario della



regola per la quale l'invalidità del contratto è disciplinata dalla legge vigente nel tempo in cui esso è concluso.

In applicazione di detto principio, nel caso di specie -fatto salvo quanto si dirà a proposito dell'ipotesi criminosa sopravvenuta di <<infedeltà patrimoniale>> attualmente prevista dall'art. 2634 cod. civ. -, l'abrogazione dell'art. 2624 cod. civ. non potrebbe fare venire meno con effetto retroattivo l'invalidità da cui dovrebbero ritenersi affetti i negozi compiuti in violazione della norma.

**3.1.-** Va altresì premesso che non è contestato che l'art. 2624 cod. civ. sia stato violato da Massimiliano Ottaviani, che, in qualità di socio accomandatario e legale rappresentante della società The King di Ottaviani Massimiliano & C. S.a.s., consentì l'iscrizione di ipoteca sugli immobili sociali a favore della Banca Mediocredito S.p.a. ed a garanzia del debito da lui stesso assunto in proprio, con contratto di mutuo stipulato con la stessa banca in qualità di mutuatario.

La Corte d'appello ha ritenuto che l'atto posto in violazione del divieto di cui all'art. 2624 cod. civ. (nella formulazione vigente all'epoca della stipulazione) ricada, senza alcuna possibilità di ratifica, nella previsione di nullità di cui all'art. 1418, primo comma, cod. civ..

Come anticipato, la decisione si fonda su un orientamento giurisprudenziale al quale non si intende dare continuità, per le ragioni di cui appresso.



4.- Sulla nullità virtuale per violazione di norme penali, ovvero sul tema tradizionale del regime di invalidità del contratto stipulato per effetto diretto della consumazione di un reato, diverse sono state e sono le opinioni dottrinali e giurisprudenziali.

L'approdo comune della prevalente dottrina e della più avvertita giurisprudenza è comunque nel senso che non è possibile ritenere la nullità dell'atto di autonomia privata solo perché posto in essere in violazione di una norma penale. Per giungere a questa conclusione i percorsi interpretativi seguiti sono molteplici - tanto che è possibile qui farvi cenno solo nei limiti di cui si dirà- ma è riconosciuto che, nella prospettiva del diritto civile, non è sufficiente per aversi nullità del negozio che sia sanzionata, anche penalmente, la condotta di colui o coloro che l'hanno posto in essere, dovendo farsi oggetto di verifica, piuttosto, le finalità perseguite e gli interessi tutelati dalla norma violata, sia quanto al divieto della condotta tenuta dalla/e parte/i che quanto al risultato ottenuto ponendo in essere quel determinato regolamento di interessi.

L'individuazione del trattamento civilistico dell'atto negoziale che si confronti con una fattispecie di reato dipende molto dal rapporto che, volta a volta, si abbia tra reato e contratto (o negozio).

Poiché diversi possono essere questi rapporti (od i criteri della loro classificazione) -cioè, che spiega anche la possibile non univocità delle risposte date o da darsi alla questione in esame-







va fermata l'attenzione su quello che più rileva ai fini della presente decisione.

Limitando l'esame alle relazioni che si determinano quando il negozio è concluso commettendo un reato, si usa distinguere l'ipotesi dei reati commessi nell'attività di conclusione di un contratto, cioè dei c.d. reati in contratto, e l'ipotesi dei reati che consistono nel concludere un determinato contratto, in sé vietato, cioè dei c.d. reati contratto.

Alla prima di queste due ipotesi appare riconducibile la fattispecie oggetto di ricorso. Si può prescindere, perché qui non rilevante, dalla prima delle due condotte previste dalla norma (consistente nel contrarre <<prestiti, sotto qualsiasi forma>>), nella quale il reato si sostanzia nella conclusione del negozio da parte di colui cui il divieto è diretto. Quanto alla seconda ipotesi prevista dall'art. 2624 cod. civ., non vi è dubbio che la concessione della garanzia da parte della società per debito proprio dell'amministratore rileva, non per l'atto in sé, ma per la condotta di quest'ultimo, che si fa prestare la garanzia: non è vietata la concessione di garanzia da parte della società, ma è vietata la condotta di colui che, quale amministratore, la ottiene dalla società; quest'ultima è il soggetto concedente e parte unica dell'atto, se posto in essere con dichiarazione unilaterale, o una delle parti dell'accordo contrattuale con il terzo (senza che, comunque, il divieto di legge sia rivolto alla società od al terzo).



In merito ai c.d. reati in contratto, i criteri seguiti dalla giurisprudenza, per giudicare dell'invalidità del negozio concluso commettendo il reato, appaiono essere di due tipi:

- uno, di natura sostanziale, quando si tende a privilegiare la verifica della natura della norma penale violata, per valutare se si tratti di norma imperativa di ordine pubblico o comunque di rilevanza pubblica, perché posta a tutela di un interesse generale, sicché solo in tale eventualità il contratto che la viola si ritiene affetto da nullità perché in contrasto col primo comma dell'art. 1418 cod. civ.;
- un altro, di natura formale, quando si tende a privilegiare la verifica del vizio introdotto nel contratto a seguito della consumazione del reato, e dei possibili rimedi di tipo civilistico, secondo la rilevanza che la condotta vietata assume in questo ambito, sicché se la condotta del contraente -pur penalisticamente rilevante- comporti soltanto un vizio del consenso della controparte, il contratto si ritiene affetto da annullabilità, non da nullità.

Il primo dei due criteri interpretativi appare più coerente col disposto del primo comma dell'art. 1418 cod. civ., alla stregua di quella che è l'interpretazione più accreditata del sintagma contrarietà a <<norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente>> ivi contenuto.

Ed invero, riprendendo i cenni di cui sopra -e non potendo certo qui affrontare le controverse questioni interpretative della norma e dire delle variegate tesi dottrinali sulla qualificazione delle



norme come <<imperative>> e sul significato da attribuire alla riserva dell'inciso finale- è sufficiente osservare che tutte convergono nel riscontrare come la nullità del negozio sia lo strumento predisposto dal legislatore per realizzare o non frustrare, per il tramite di esso (e non soltanto della condotta dei contraenti, anche quando si tratti di violazione di divieti soggettivi di contrarre), interessi di carattere generale protetti dall'ordinamento. Pertanto, la violazione della norma penale dà luogo ad un negozio nullo solo quando la disposizione violata si connoti come norma penale di ordine pubblico (secondo una tesi dottrinale che restringe la nozione di norma <<imperativa>> a quella, appunto, di interesse e di ordine pubblico; seguita, da ultimo, da Cass. n. 7785/16) ovvero solo quando la norma penale, tenuto conto della sua *ratio*, tutela interessi generali di rilevanza pubblica (secondo altre tesi, che pur riconoscendo a tutte le norme penali la natura di norme <<imperative>>, perché inderogabili, valorizzano, secondo diverse prospettazioni, la riserva del secondo inciso dell'art. 1418, primo comma, cod. civ. -così come, d'altronde, fa la giurisprudenza prevalente di questa Corte, che di questa riserva si avvale, anche quando non sia la stessa legge ad escludere testualmente la nullità: cfr. Cass. n. 6601/82; ma cfr., nel senso della rilevanza della tutela dell'<<interesse pubblico generale>>, tra le altre, Cass. n.5052/01 e n. 11031/08).

**4.1.-** Va peraltro precisato che l'applicazione dell'uno e dell'altro dei due criteri può condurre a risultati coincidenti in



punto di sussistenza/insussistenza della nullità ovvero, al contrario, produrre esiti apparentemente contrastanti.

Emblematica è, in proposito, la giurisprudenza in tema di contratti conclusi da uno dei contraenti con truffa o con circonvenzione di incapace.

Quanto al primo reato, è consolidato l'orientamento secondo cui il contratto concluso per effetto di truffa, penalmente accertata, di uno dei contraenti in danno dell'altro è non già radicalmente nullo (ex art. 1418 cod. civ., in correlazione all'art. 640 cod. pen.), sebbene annullabile ai sensi dell'art. 1439 cod. civ., atteso che il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente, neanche sotto il profilo dell'intensità, diverso da quello che vizia il consenso negoziale, entrambi risolvendosi in artifici o raggiri adoperati dall'agente e diretti ad indurre in errore l'altra parte e così a viziare il consenso. Pertanto, il contratto concluso non è nullo, né tanto meno inesistente, ma soltanto annullabile per vizio del consenso (così, da ultimo, Cass. n. 7468/11).

Quanto al secondo reato, è affermato nella giurisprudenza di legittimità (non altrettanto in quella di merito) l'orientamento secondo cui il contratto effetto di circonvenzione d'incapace, punito dall'art. 643 cod. pen., deve essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. per contrasto con norma imperativa, giacché va ravvisata una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia



patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sulla annullabilità dei contratti (così Cass. n. 2860/08; cfr., nello stesso senso, da ultimo, Cass. n. 7785/16). Inoltre, si esclude che possano coincidere il vizio di cui all'art. 428 cod. civ. e la condizione della vittima richiesta dall'art. 643 cod. pen. (cfr. Cass. n. 10329/16).

I due orientamenti, che, malgrado quest'ultima precisazione, potrebbero apparire contraddittori se considerati alla stregua del secondo dei criteri interpretativi suddetti, sono invece coerenti tra loro e col primo dei detti criteri, atteso che, nel primo caso, la norma penale violata (art. 640 cod. pen.) mira a tutelare un interesse privo di rilevanza pubblica, quale è quello connesso al patrimonio del soggetto passivo; nel secondo caso, la norma penale violata (art. 643 cod. pen.) mira a tutelare, come ben evidenzia anche la massima su citata, esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela della libertà di autodeterminazione dell'incapace.

5. - Il caso posto all'attenzione dal ricorso è paradigmatico dell'eterogeneità delle conseguenze cui può condurre l'applicazione di diversi criteri interpretativi dell'art. 1418, comma primo, cod. civ..

Già con la sentenza di questa Corte n. 1749/69 si era affermato che *<<Nell'ipotesi in cui l'amministratore contragga debiti con la società non è la mera circostanza che il contratto sia stipulato tra la società e l'amministratore che può produrre la nullità del contratto medesimo, ma tale nullità è ravvisabile soltanto quando*





sia accertato che il prestito sia stato contratto per soddisfare interessi diversi da quelli della società, non potendo essere escluso, neppure in relazione a tale ipotesi, che la stipulazione del prestito soddisfi, direttamente o indirettamente, un interesse della società e che l'attività dell'amministratore possa presentarsi come non illegittima. Per contro, nell'ipotesi in cui l'amministratore si faccia prestare garanzia, la partecipazione al negozio di una parte che si presenta come terzo nei confronti dei rapporti tra società ed amministratore non è sufficiente ad escludere che il negozio stesso sia intenzionalmente diretto a ledere gli interessi della società, che nel negozio si estrinsechi, appunto, il comportamento lesivo e che di tale comportamento sia compartecipe il terzo; e qualora ciò risulti, non può non essere riconosciuto che il negozio si ponga come attività contraria alla legge e sia, quindi, nullo. Pertanto, in entrambe le ipotesi previste dall'art 2624 cod. civ., la configurabilità della nullità dei negozi deve essere esaminata non in astratto, ma in concreto, attraverso l'accertamento della sussistenza o meno di un pregiudizio per la società e di un comportamento intenzionalmente diretto a produrre tale pregiudizio. Nell'ipotesi che l'amministratore di una società abbia prestato avallo, in tale qualità, per un suo debito personale nei confronti di un terzo, su cambiali emesse a favore di questi, la nullità può essere riconosciuta qualora venga accertata la sussistenza del contrasto di interessi, tra la società e l'amministratore, nell'emissione della sottoscrizione





per avallo; mentre la nullità deve essere esclusa qualora risulti che, invece, la concessione dell'avallo rientrasse nel complesso delle attività speculative della persona che ricopre la carica di amministratore della società, della quale la società costituisca un mero strumento. Del pari, la nullità può essere riconosciuta se venga accertato che del comportamento lesivo dell'interesse della società fosse partecipe il terzo garantito; mentre deve essere esclusa qualora venga accertata l'estraneità del terzo all'attività lesiva posta in essere dall'amministratore>> (cfr., nello stesso senso anche Cass. n. 3150/76).

Questo indirizzo ha subito un inasprimento quando, in riferimento all'ipotesi coincidente con quella oggetto del presente giudizio, si è affermato che <<L'art. 2624 cod. civ., nel sanzionare penalmente gli amministratori delegati, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società che sotto qualsiasi forma, sia direttamente sia per interposta persona, contraggano prestiti con la società che amministrano o con società controllante o controllata, ovvero si facciano prestare da una delle dette società garanzie per i debiti propri, punisce la violazione di un dovere di fedeltà attuato con abuso del potere conferito, a prescindere dalla concreta lesività di tale violazione per il capitale sociale, così dando vita ad un reato di pericolo presunto, caratterizzato per il profilo oggettivo dalla tutela dell'interesse formale al rispetto del dovere di correttezza amministrativa, onde evitare anche il sospetto sul comportamento dei soggetti investiti dei poteri sociali, e sotto il profilo



soggettivo dal dolo generico, con esclusione della consapevolezza del danno o del pericolo e della volontà specifica di arrecare l'uno o l'altro. L'atto posto in essere in violazione di tale divieto ricade nella previsione di nullità di cui all'art. 1418 cod. civ., senza che trovi applicazione, in ragione del carattere specifico del conflitto che la norma mira ad evitare, la (più) generale previsione di annullabilità dell'atto posto in essere dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato, e senza alcuna possibilità di ratifica dell'atto da parte della società, secondo lo schema dell'art. 1399 cod. civ., non potendo quest'ultima disporre del bene tutelato.>> (così Cass. n. 2858/97). La decisione ha trovato conferma nelle successive sentenze di questa Corte n. 4774/99 e n. 1228/2000.

**5.1.-** L'orientamento seguito dalla giurisprudenza meno recente, nel sostenere la necessità della verifica <<in concreto>> della sussistenza di un conflitto di interessi e di un pregiudizio economico per la società, aveva riguardo al regolamento di interessi costituente il risultato della condotta vietata, secondo uno schema di analisi della fattispecie sotto il profilo civilistico rispondente al secondo dei criteri su enunciati. Anche se, coerentemente, avrebbe dovuto concludere per il diverso rimedio dell'annullabilità.

L'orientamento consolidatosi successivamente ha invece riguardo alla portata della norma penale ed agli interessi che si assumono da questa tutelati: perciò, escludendo che si tratti dell'interesse alla conservazione del patrimonio sociale, la Corte



ha ritenuto che oggetto di tutela sia <<l'interesse formale del dovere di correttezza amministrativa>> dei soggetti muniti di poteri di amministrazione o di controllo, onde impedire la violazione del dovere di fedeltà attuato con l'abuso dei poteri conferiti, a prescindere sia dal pregiudizio patrimoniale sia dal pericolo di pregiudizio e quindi dall'intenzione o dalla consapevolezza (anche da parte del terzo) di recare alla società l'uno o l'altro.

Orbene, se questa lettura è corretta in relazione alla portata penalistica del divieto, essa appare poco convincente quanto alla, pressoché automatica, configurazione della nullità virtuale per violazione della norma penale. Tanto ciò è vero che, mentre nella sentenza con la quale si è mutato il precedente orientamento, ci si è preoccupati di sottolineare soltanto che l'interesse tutelato non fosse quello della società alla conservazione del proprio patrimonio sociale, ma quello alla fedeltà degli amministratori (così Cass. n. 2858/97), nelle sentenze successive (ed in specie in Cass. n. 4774/99) si è aggiunto che il divieto sarebbe posto <<nell'interesse generale, e non in funzione di tutela di particolari soggetti>>.

Questa conclusione merita di essere rivisitata.

**5.2.-** Se è vero che l'oggetto della tutela dell'art. 2624 cod. civ. non è la difesa del patrimonio della società ma il rispetto del dovere di fedeltà e di imparzialità dei suoi organi a fronte di atti che sono suscettibili di trasformarsi in strumenti di abuso di posizioni dominanti all'interno della società ed ai danni



della proprietà, si ritiene comunque che la norma penale non sia di ordine pubblico né tuteli direttamente uno specifico interesse pubblico, contrapposto ad un interesse individuale o collettivo dei soci o della società.

Ed invero, la finalità predetta è adeguatamente perseguita col presidio della sanzione penale, vale a dire -applicando qui l'ulteriore criterio detto del <<minimo mezzo>>- che l'esigenza perseguita dal legislatore mediante la previsione della sanzione penale si realizza con la relativa irrogazione.

Dal punto di vista, invece, del (la validità del) negozio di prestito od, a maggior ragione, di concessione della garanzia, la tutela perde la rilevanza di carattere generale o di ordine pubblico di cui sopra: soltanto la società è in grado di valutare -secondo quella valutazione <<in concreto>> non a caso privilegiata dalla giurisprudenza meno recente- se il proprio amministratore abbia agito o meno in conflitto di interessi ovvero cagionando un danno al patrimonio sociale e perciò convenga o meno mantenere in vita il negozio. Il conflitto di interessi, che è rilevante a tutela dell'interesse societario, rileva sul piano civilistico come ipotesi di annullabilità, lasciando alla società la scelta se invalidare il contratto.

Risulta coerente con l'anzidetta lettura dell'oggetto e delle finalità della tutela penale, anche l'ulteriore considerazione basata sulla direzione soggettiva del divieto e della sanzione, che sono previsti a carico di una sola parte del contratto di



prestito ovvero di un soggetto che, addirittura, può restare estraneo al negozio o al contratto di garanzia.

Perciò, non solo il criterio della natura della norma penale violata, ma anche gli altri criteri interpretativi del disposto dell'art. 1418, comma primo, cod. civ., indicati dalla dottrina e seguiti in giurisprudenza, inducono ad escludere che sia affetto da nullità il negozio di prestito o di garanzia concluso in violazione del divieto dell'art. 2624 cod. civ..

L'ipotesi, d'altronde, è ben diversa da quelle, anche richiamate nella motivazione delle sentenze su citate, in cui è lo stesso contratto a porsi in contrasto con la norma imperativa, perché stipulato in violazione di divieti soggettivi, per mancanza di autorizzazioni o di abilitazioni (Cass. n. 3302/85, n. 11450/97; nello stesso senso, cfr. Cass. n. 9767/05, n. 16281/05) ovvero di divieti oggettivi, riguardanti l'oggetto contrattuale, a sua volta (frutto di) illecito (cfr. Cass. n. 4070/96).

**5.3.-** L'evoluzione normativa registrata col "passaggio" dal reato di cui all'art. 2624 cod. civ. al reato di <<infedeltà patrimoniale>> di cui all'art. 2634 cod. civ. fornisce riscontro alle ragioni fin qui esposte.

Il primo comma dell'art. 2634 cod. civ., in particolare, prevede che siano puniti con la reclusione <<gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o





*concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale>>.*

• Va precisato che si esclude che il decreto legislativo n. 61/2002,  
• abrogando la prima disposizione ed introducendo la seconda, abbia dato luogo a continuità normativa tra le due ipotesi criminose, sicché, quanto agli effetti penali, si è avuta l'integrale abrogazione della previgente norma incriminatrice, come già affermato dalle sezioni penali di questa Corte (Cass. pen. n.. 29268/07, citata anche in sentenza).

Tuttavia, è palese l'intento del legislatore della riforma dei reati societari di sostituire la nuova fattispecie incriminatrice alla precedente, esplicitando un dato -la necessaria verifica della sussistenza in concreto del conflitto di interessi- che, invece, nel testo previgente era sostanzialmente presunto dalla legge, *iuris et de iure*, sulla base dell'indice formale costituito dalla concessione del prestito o della garanzia -come riconosciuto dalla prevalente dottrina.

Questa sostituzione consente, allora, di confermare che -al di là della ben più pregnante tutela assicurata in ambito penalistico  
• dalla norma abrogata- nella vigenza di questa, la tutela fosse  
• comunque rivolta nei confronti dei soci e della società.  
• D'altronde, la punibilità a querela del reato configurato dall'art. 2634 cod. civ., corrobora questa lettura.

In conclusione, va affermato che **l'atto posto in essere dall'amministratore della società in violazione del divieto dell'art. 2624 cod. civ. (nel testo vigente prima della**





sostituzione attuata con il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61) non ricade nella previsione di nullità di cui all'art. 1418, comma primo, cod. civ., ma deve trovare applicazione, in ragione del carattere specifico del conflitto che la norma penale mira ad evitare, la previsione di annullabilità dell'atto posto in essere dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato.

Va perciò accolto il secondo motivo di ricorso, con assorbimento del primo, e cassazione della sentenza impugnata.

Restano assorbiti anche i motivi restanti, in quanto relativi a profili concernenti l'illecito per responsabilità professionale ascrivito al notaio rogante, che la sentenza impugnata ha assunto come conseguenza della dichiarazione di nullità del negozio da lui rogato.

6.- Poiché non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto e la nullità dell'atto di costituzione di ipoteca va esclusa alla stregua del principio di diritto sopra enunciato, è possibile decidere nel merito.

Avendo l'istituto di credito agito esclusivamente per ottenere la dichiarazione di nullità dell'atto rogato dal notaio per violazione dell'art. 2624 cod. civ. e conseguente sua affermazione di responsabilità professionale, si deve concludere per il rigetto della domanda principale, nonché di quella connessa e consequenziale di risarcimento danni.

Le oscillazioni giurisprudenziali sopra segnalate ed il superamento di orientamenti già seguiti da questa Corte in più di



un'occasione legittimano la compensazione delle spese dell'intero giudizio.

**Per questi motivi**

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, assorbiti i restanti, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta le domande proposte da Banca Medio Credito S.p.A., oggi Unicredit S.p.A., nei confronti di Antonio Manzi. Compensa tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, il 15 febbraio 2016.