

Centro Studi

Diritto Avanzato

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, già 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, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Prova per presunzioni: procedimento da seguire ai fini della valutazione degli indizi

In tema di prova per presunzioni, va confermato che il procedimento che occorre necessariamente seguire ai fini della valutazione degli indizi si articola in un duplice apprezzamento, costituito in primo luogo dalla valutazione analitica di ciascuno degli elementi indiziari, ai fini dell'eliminazione di quelli intrinsecamente privi di rilevanza e della conservazione di quelli che, presi singolarmente, rivestano i caratteri della precisione e della gravità, ossia presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, occorre invece procedere a una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati, al fine di accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni indizi.

NDR: in tal senso Cass. 26061/2017, nonché 5374/2017, 9108/2012 e 19894/2005.

Tribunale di Bari, sentenza del 21.10.2019. n. 3874

...omissis...

Parte attrice agisce contro i convenuti ex art. 67 co.2 Legge Fallimentare. *Omissis* Per quanto qui di interesse, il 2° comma dell'art. 67 L.F. indica come revocabili, "se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato di insolvenza del debitore", i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento". La norma richiede il requisito soggettivo della conoscenza dello stato di insolvenza della società (*scientia decoctionis*) da parte dei terzi creditori che hanno ricevuto i pagamenti affinché si possa procedere alla loro revocazione.

Su questo tema si è espressa di recente la Corte di cassazione con sentenza n. 26061/2017 precisando: "In tema di prova per presunzioni, questa Corte ha ripetutamente affermato che il procedimento che occorre necessariamente seguire ai fini della valutazione degli indizi si articola in un duplice apprezzamento, costituito in primo luogo dalla valutazione analitica di ciascuno degli elementi indiziari, ai fini dell'eliminazione di quelli intrinsecamente privi di rilevanza e della conservazione di quelli che, presi singolarmente, rivestano i caratteri della precisione e della gravità, ossia presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, occorre invece procedere a una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati, al fine di accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni indizi (cfr. Cass., Sez. VI, 2/03/2017, n. 5374; Cass., Sez. V, 6/06/2012, n. 9108; Cass., Sez. I, 13/10/2005, n. 19894)". Sempre in tema di *scientia decoctionis* inoltre, come ha precisato la sentenza n. 6687/2012: "il principio secondo il quale grava sul curatore l'onere di dimostrare la effettiva conoscenza, da parte del creditore ricevente, dello stato di insolvenza del debitore va inteso nel senso che la certezza logica dell'esistenza di tale stato soggettivo (vertendosi in tema di prova indiziaria e non diretta) può legittimamente dirsi acquisita non quando sia provata la conoscenza effettiva, da parte di quello specifico creditore, dello stato di decozione dell'impresa (prova inesigibile perché diretta), né quando tale conoscenza possa ravvisarsi con riferimento ad una figura di contraente "astratto" (prova inutilizzabile perché correlata ad un parametro, del tutto teorico, di "creditore avveduto"), bensì quando la probabilità della "*scientia decoctionis*" trovi il suo fondamento nei presupposti e nelle condizioni (economiche, sociali, organizzative, topografiche, culturali) nelle quali si sia concretamente trovato ad operare, nella specie, il creditore del fallito"(Cass., 12 maggio 1998 n. 4769).

Presupposto soggettivo dell'azione revocatoria per gli atti elencati nell'art. 67 L.F. è dunque la conoscenza dell'altra parte dello stato di insolvenza del debitore, che, secondo la giurisprudenza, può essere presunta sulla base di determinati "indici di insolvenza" (notizie sui giornali; protesti; ecc.), in presenza dei quali la conoscenza deve ritenersi dimostrata (Cass. n. 182/2013). Non tutti gli atti compiuti dal fallito possono essere colpiti dall'azione revocatoria. La riforma del diritto fallimentare ha infatti introdotto nel terzo comma dell'art. 67 L.F. sette categorie di atti sottratti alla revoca domandata dal curatore tra cui i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso.

Dispone poi l'art.201 della Legge Fallimentare che dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si applicano le disposizioni del titolo II capo III sezione II e IV e le disposizioni dell'art.66.

La giurisprudenza, inoltre, ritiene per consolidato orientamento che "in caso di soddisfacimento delle ragioni dei creditori attraverso procedure esecutive individuali (e ciò anche mediante espropriazione presso terzi, come nel caso di specie), gli atti soggetti a revocatoria ex art. 67 legge fall. (nel testo applicabile "ratione temporis"), in quanto compiuti nel periodo cd. sospetto anteriore alla dichiarazione di fallimento

del debitore esecutato, non sono i provvedimenti del giudice dell'esecuzione (nella specie, assegnazione di un credito vantato dal fallito presso terzi) ma i soli, successivi (e distinti) atti di pagamento coattivo in tal modo conseguiti, per cui, ai fini del computo del cosiddetto "periodo sospetto", occorre far riferimento, al pari del pagamento spontaneo, alla data in cui il soddisfacimento sia stato concretamente ottenuto con la ricezione, da parte del creditore, della somma ricavata dall'esecuzione (cfr. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 13908 del 18/06/2014 ; si leggano anche: Cass., sez. 1, 19 luglio 2012, n. 12545; 19 novembre 2008, n. 27518; 3 marzo 2006, n. 4749; 12 gennaio 2006, n. 463; 30 marzo 2005, n. 6737; 25 giugno 1998, n. 6291; 26 febbraio 1994, n. 1968; 4 dicembre 1990, n. 11608; 30 gennaio 1985, n. 586).

Invero, allorché l'atto pregiudizievole nei confronti dei creditori consista nell'esito di un'esecuzione forzata, ciò che lede la garanzia dei creditori non è il pignoramento, né il provvedimento di assegnazione o di vendita, ma l'atto successivo con il quale il creditore (o il terzo, nel caso di vendita) percepisce la somma ricavata dall'esecuzione" (Cass. 8979/2019).

Tanto premesso, deve preliminarmente dichiararsi inammissibile la domanda attorea nei confronti della Curatela TTT Ecologia s.r.l.

Sul punto si è espressa la Cassazione con la sentenza 30146/2018 secondo cui "A) la sentenza che accoglie la domanda revocatoria, sia essa ordinaria o sia fallimentare, in forza di un diritto potestativo comune, al di là delle differenze esistenti tra le medesime, ma in considerazione dell'elemento soggettivo di comune accertamento da parte del giudice, quantomeno nella forma della scientia decoctionis, ha natura costitutiva, in quanto modifica "ex post" una situazione giuridica preesistente, sia privando di effetti, atti che avevano già conseguito piena efficacia, sia determinando, conseguentemente, la restituzione dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale (art. 2740 cod. civ.) ed alla soddisfazione dei creditori di una delle parti dell'atto. B) Non è ammissibile un'azione revocatoria, non solo fallimentare ma neppure ordinaria, nei confronti di un fallimento, stante il principio di cristallizzazione del passivo alla data di apertura del concorso ed il carattere costitutivo delle predette azioni; il patrimonio del fallito è, infatti, insensibile alle pretese di soggetti che vantino titoli formati in epoca posteriore alla dichiarazione di fallimento e, dunque, poiché l'effetto giuridico favorevole all'attore in revocatoria si produce solo a seguito della sentenza di accoglimento, tale effetto non può essere invocato contro la massa dei creditori ove l'azione sia stata esperita dopo l'apertura della procedura stessa". I medesimi principi sono stati confermati di recente con ordinanza del 26.02.2019 n. 5589.

Pertanto, applicando tali principi al caso di specie, ne deriva l'inammissibilità dell'azione proposta da parte attrice contro il Fallimento TTT Ecologia s.r.l. In ordine alla domanda avanzata nei confronti di AA s.c. a r.l. deve innanzitutto evidenziarsi che per giurisprudenza costante "Nella liquidazione coatta amministrativa, allorché la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza sia successiva al provvedimento amministrativo che dispone la liquidazione coatta, il "periodo sospetto" ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare decorre (a ritroso) necessariamente dalla data del provvedimento amministrativo, perché è in relazione a tale momento che viene accertato - ancorché con sentenza successiva - lo stato di insolvenza" (Cass. Ord.18728 del 13.07.2018). Nel caso di specie, i pagamenti contro i quali parte attrice agisce in revocatoria venivano effettuati dal Comune di Porto Cesareo, giusta determina dirigenziale n.187 dell'11 marzo 2009, in data 11 e 12.03.2009, venti giorni prima della messa in liquidazione coatta amministrativa della società MM verificatasi, come innanzi detto, in data 03.04.2009 e quindi nel "periodo sospetto" di cui all'art.67 Legge Fallimentare come risulta indicato nel prospetto del 28.10.2009 a firma del Dirigente *omissis* (allegato 9 parte attrice).

Quanto alla scientia decoctionis, va osservato che, alla stregua dell'orientamento più volte ribadito dalla giurisprudenza "...le procedure esecutive sono elementi presuntivi, atti ad ingenerare nel creditore la conoscenza effettiva dello stato di insolvenza del

debitore che vi è sottoposto.....quando siano state promosse dal medesimo creditore convenuto (SS.UU. 3131/94, Cass. 8083795, 6776/88, 2607/83, ecc.)..." (Cass. 4718/95, Cass.4731/97, Cass, 8979/20919).

E la procedura esecutiva *omissis* veniva promossa dal creditore AA Soc. Coop a r.l. odierno convenuto. Inoltre ulteriori indici della situazione di dissesto della attrice avrebbero potuto agevolmente percepirsi da operatori qualificati quali la AA Soc. Coop. a r.l. atteso il numero rilevante dei creditori intervenuti nella procedura esecutiva e l'entità dei crediti ingiunti.

Deve peraltro escludersi che il pagamento per cui è causa rientri nell'esenzione di cui all'art. 67 co.3 lettera a) legge fallimentare di cui si è detto innanzi. Come si legge in Corte App. Milano, Sez. III, 12.10.2015, n. 3886, la ratio ispiratrice della norma è da individuarsi sia nell'esigenza di preservare la continuità dell'attività aziendale per garantire la conservazione dell'impresa in crisi in vista di un suo recupero, evitando che i fornitori, che vengono a conoscenza dello stato di difficoltà di quest'ultima, nel timore di una futura revoca dei pagamenti ricevuti, interrompano i rapporti, così impedendo la prosecuzione dell'attività, sia nell'esigenza di tutelare i terzi quando la normalità del rapporto lascia presupporre una mancanza di conoscenza in capo a questi ultimi dello stato di insolvenza. Analogamente, in precedenza, altra giurisprudenza (Trib. Bergamo, Sez. II, 14.11.2012, n. 2846) aveva affermato che la ratio della disposizione è tesa, da un lato, ad evitare che il manifestarsi della crisi induca i fornitori di beni necessari all'esercizio dell'ordinaria attività aziendale dell'imprenditore in crisi a sospendere i rapporti commerciali funzionali alla prosecuzione dell'impresa, in modo da aggravarne ulteriormente la crisi e, dall'altro, a tutelare l'accipiens, garantendo il consolidamento di pagamenti che, in quanto ricevuti nello svolgimento dell'ordinaria attività imprenditoriale e nei termini d'uso, sono sotto il profilo oggettivo tali da non far sorgere sospetto alcuno in merito alla solvibilità del debitore.

Le condizioni enunciate ai fini dell'esone sono due: che i pagamenti dei beni e servizi riguardino "l'esercizio dell'attività d'impresa" e che siano avvenuti nei "termini d'uso". E' opinione comune che la locuzione "esercizio dell'attività di impresa" vada riferita all'oggetto tipico dell'attività di ogni imprenditore, con l'esclusione quindi di operazioni che con quell'attività non abbiano un nesso, nemmeno strumentale; vanno, pertanto, esclusi tutti i pagamenti di corrispettivi non specificamente correlati a beni forniti ed a servizi effettuati nell'esercizio dell'impresa (v. in tal senso Trib. Napoli 24 febbraio 2012, che esclude il riconoscimento dell'esenzione al pagamento delle spese legali del creditore nell'ambito di un pignoramento presso terzi).

Per quanto riguarda il riferimento ai "termini d'uso" una parte della dottrina ha inteso valorizzare l'elemento cronologico, ritenendo di dover sottrarre dall'azione revocatoria fallimentare quei pagamenti eseguiti entro un determinato periodo, rinvenendo dunque nel tempo dell'adempimento un elemento indiziario della "normalità del pagamento". Secondo altri interpreti la locuzione "termini d'uso" dovrebbe riferirsi alla "normalità delle modalità di effettuazione del pagamento" più che alla sua puntualità o alla sua collocazione cronologica. La giurisprudenza ritiene che l'espressione attenga alle modalità di pagamento proprie del rapporto fra le parti e non già alle prassi del settore economico interessato, (in tal senso Cass. 7 dicembre 2016, n. 25162).

Si discute poi se per la valutazione dell'usualità si debba aver riguardo soltanto al "tempo" o anche alle "modalità" del pagamento o ad entrambi questi profili propendendo per la valorizzazione sia delle le modalità di pagamento, sia del tempus (Trib. Torino, Sez. VI, 23.4.2009, che ha concisamente riferito l'espressione "termini d'uso" al tempo e alle modalità di pagamento "utilizzati abitualmente fra i contraenti nell'esercizio normale dell'attività di impresa"; Trib. Milano, Sez. II, 16.1.2012, n. 447, ha evidenziato che il senso della previsione di cui all'art. 67, co. 3, lett. a) L. Fall., è comprensivo sia della qualità e tipologia del pagamento, che deve risultare eseguito con un mezzo fisiologico e ordinario, sia del dato cronologico, ossia del tempo dell'adempimento; Trib. Milano, Sez. II, 3.5.2012, n. 5115, ha rimarcato la necessità

che "il pagamento sia effettuato, oltre che con mezzi ordinari, nei tempi previsti dal regolamento negoziale accettato dalle parti, con l'ulteriore conseguenza che solo i pagamenti ritardati rispetto a quanto dalle parti concordato finirebbero per ricadere nell'area degli atti solutori revocabili".

Analogamente ancora Trib. Milano, 24.12.2012, ha affermato che la locuzione "nei termini d'uso" deve essere intesa sotto un duplice profilo concernente sia il tempo, sia le modalità del pagamento, imponendo essa di attenersi al criterio della regolarità dell'adempimento ed implicando la contestualità e/o la normalità dello scambio: ne conseguiva che dovevano ritenersi esenti da revocatoria i pagamenti avvenuti regolarmente alla loro scadenza in relazione alla prassi commerciale, mentre non potevano beneficiare dell'esenzione i pagamenti effettuati in ritardo, a maggior ragione se avvenuti a seguito di solleciti.

A tal riguardo, anche Corte App. Milano, Sez. III, 12.10.2015, n. 3886, secondo cui l'esenzione opera sul piano oggettivo, essendo irrilevante lo stato soggettivo dell'accipiens, e la locuzione "termini d'uso" comprende sia la qualità e tipologia del pagamento, che deve risultare eseguito con un mezzo fisiologico ed ordinario, sia il dato cronologico, cioè il tempo del pagamento, con la conseguenza che per l'operatività della causa di esenzione è necessario che il pagamento sia stato effettuato, oltre che con mezzi ordinari, nei tempi previsti dal regolamento negoziale accettato dalle parti).

Applicando tali principi al caso di specie non potranno certamente fruire del beneficio i pagamenti di crediti pregressi, da lungo tempo scaduti o effettuati a seguito di solleciti o di procedure di riscossione coattiva poste in essere dal creditore anche " alla luce del parametro della comune prudenza ed avvedutezza e della normale ed ordinaria diligenza, con rilevanza peculiare della condizione professionale dell'"accipiens" e del contesto nel quale gli atti solutori si sono realizzati" (Cass. 3081/2018). Da quanto appena illustrato deriva la non applicabilità al pagamento de quo del regime di esenzione di cui al terzo comma dell'art.67 L.F. Priva di pregio, infine, risulta anche la deduzione relativa alla posizione di "monopolista" (di fatto) asseritamente rivestita dalla convenuta che da tale qualifica pretende derivarne la non revocabilità del pagamento ricevuto.

Sul punto anche da ultimo è intervenuta la Suprema Corte secondo cui "L'applicabilità alle imprese che operano in regime di monopolio delle disposizioni dettate a presidio del sinallagma nell'esecuzione dei contratti a prestazioni corrispettive comporta che il pagamento del debito liquido ed esigibile, ricevuto dal monopolista nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento dell'utente con la consapevolezza del suo stato d'insolvenza, sia soggetto alla revocatoria di cui all'art. 67, comma 2, l.fall., non trovandosi il monopolista in una situazione differenziata rispetto agli altri creditori; ciò ad eccezione delle ipotesi nelle quali la prestazione sia obbligatoria, non potendo in tali casi l'impresa sottrarsi all'adempimento, neppure nella fase esecutiva del rapporto, ed essendo quindi la stessa priva del potere di scelta e di altra eventuale tutela rispetto al rischio di insolvenza della controparte" (Cass. 3085/2018).

Non può, pertanto, darsi seguito alla prospettazione della convenuta potendo l'esenzione dalla revocatoria ricorrere in presenza espresse deroghe normative - testimoniate dalla stessa evoluzione dell'art. 67 legge fall., che a partire dalla riforma del 2005 ha visto progressivamente ampliarsi l'area delle esenzioni da revocatoria contenute nel terzo comma - ovvero, a tutto voler concedere, quando il contraente risulti effettivamente "obbligato", in forza di specifiche disposizioni normative o regolamentari, a rendere le proprie prestazioni nonostante l'inadempimento della controparte (Cass.10117 /2018 cfr. Corte cost. n. 379/00).

La domanda attorea quindi nei confronti della AA s.c. a r.l. deve, per le ragioni esposte, essere accolta e la convenuta essere per l'effetto condannata alla restituzione del pagamento ricevuto pari ad € 220.678,72 (rectius 199.970,20 giusta mandato di pagamento n.491 dell'11.03.2009 di cui allegato 9 cit.) con interessi dalla domanda. In ordine al maggior danno la giurisprudenza ritiene che "In tema di azione

revocatoria fallimentare, l'obbligazione restitutiva dell'"accipiens" soccombente ha natura di debito di valuta e non di valore, in quanto l'atto posto in essere dal fallito è originariamente lecito e la sua inefficacia sopravviene solo in esito alla sentenza di accoglimento della domanda, che ha natura costitutiva, avendo ad oggetto un diritto potestativo e non un diritto di credito; ne consegue che pure gli interessi sulla somma da restituirsi decorrono dalla data della domanda giudiziale e che il risarcimento del maggior danno, conseguente al ritardo con cui sia stata restituita la somma di denaro oggetto della revocatoria, spetta solo ove l'attore lo allegghi specificamente e dimostri di averlo subito".

Pertanto, non avendo l'attore né allegato né provato la voce di danno richiesta inevitabilmente questa non potrà ottenere riconoscimento. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

PQM

Il Tribunale definitivamente decidendo sulla domanda proposta da Cooperativa MM s.r.l. in liquidazione coatta amministrativa *omissis* nei confronti del Fallimento TTT Ecologia (già TTT Ecologia s.r.l.) con atto *omissis* e nei confronti di AA s.c.a r.l. *omissis*: dichiara inammissibile la domanda nei confronti del Fallimento TTT Ecologia s.r.l.; accoglie la domanda nei confronti di AA s.c.a r.l. per le ragioni suddette e per l'effetto dichiara inefficace nei confronti della società attrice il pagamento ricevuto in forza del mandato di pagamento *omissis* e condanna AA alla restituzione della detta somma a favore dell'attrice con interessi dalla domanda; condanna AA a rifondere alla società attrice le spese del giudizio che si liquidano *omissis*.

www.LaNuovaProceduraCivile.com