

Civile Ord. Sez. 1 Num. 31837 Anno 2021

Presidente: SCALDAFERRI ANDREA

Relatore: VANNUCCI MARCO

Data pubblicazione: 04/11/2021

ORDINANZA

sul ricorso n. 10923/2015 proposto da:

Curatela del fallimento della Panair s.p.a., in persona del curatore, domiciliata in Roma, Piazza Cavour, presso la cancelleria civile della Corte di cassazione, rappresentata e difesa dall'avvocato Gaetano Sangiorgi per procura speciale estesa in calce al ricorso

ricorrente

contro

GES.A.P. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Via Monte Zebio, n.25, presso lo studio dell'avvocato Massimo Errante, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Cadelo per procura speciale estesa in calce al controricorso

controricorrente

avverso la sentenza n. 169/2015 della Corte di appello di Palermo, depositata il 6 febbraio 2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 16 settembre 2021 dal consigliere Marco Vannucci

FATTI DI CAUSA

ORD
3575
2021

1. Con sentenza emessa il 16 marzo 2010 il Tribunale di Palermo: in applicazione dell'art. 67 l.fall., dichiarò inefficaci nei confronti della procedura di fallimento della Panair s.p.a., i pagamenti, pari a complessivi €. 390.117,30, eseguiti da tale società, al tempo *in bonis*, alla GES.A.P. s.p.a. nel periodo compreso fra il 25 novembre 2002 e il 6 maggio 2003; condannò la GES.A.P. s.p.a. a restituire alla curatela del fallimento della Panair s.p.a. complessivi €. 390.117,30 aumentati di interessi in misura legale decorrenti dal 3 luglio 2008 fino al giorno dell'effettivo pagamento.

2. Adita dalla parte soccombente, la Corte di appello di Palermo, con sentenza pubblicata il 6 febbraio 2015, in parziale riforma della sentenza di primo grado: dichiarò inefficaci nei confronti della procedura fallimentare sopra indicata i soli pagamenti, pari a complessivi €. 62.211,30, eseguiti dalla Panair s.p.a. in favore della GES.A.P. s.p.a. mediante assegni rispettivamente emessi nei giorni 19 e 20 novembre 2002 e 2 maggio 2003; condannò quindi la destinataria di tali pagamenti a restituire alla curatela tale somma di danaro, "oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo"; rigettò le domande di inefficacia degli altri pagamenti indicati dalla procedura nella citazione introduttiva del processo di primo grado.

2.1 Per quanto qui ancora interessa, la motivazione di tale sentenza è nel senso che: non è condivisibile l'affermazione contenuta nella sentenza di primo grado secondo cui la prova di tutti i pagamenti dedotti in giudizio si desumeva dalla mancata specifica contestazione degli stessi da parte della società convenuta; nella comparsa di risposta depositata nel giudizio di primo grado la società GES.A.P. ebbe a contestare "in toto il contenuto dell'atto di citazione, riservandosi peraltro di confutare specificamente i pagamenti nel momento in cui la Curatela avesse fornito prova degli stessi"; tale contestazione venne reiterata nella comparsa conclusionale; la curatela del fallimento aveva dunque l'onere di provare l'esecuzione di ciascun pagamento; nel caso concreto vi è prova solo dei pagamenti eseguiti mediante assegni bancari emessi da Panair s.p.a. in favore di GES.A.P., rispettivamente per €. 22.211,30 il 19 novembre 2002, per €. 30.000 il 20 novembre 2002 e per €. 10.000 il 2 maggio 2003; inidoneo alla prova degli altri pagamenti è invece il contenuto "del mastro di sottoconto e del giornale di contabilità in cui erano annotati i pagamenti in contesa", unici documenti allo scopo depositati dalla curatela, in quanto scritture non autentiche e vidimate e non utilizzabili al curatore come prova.

3. Per la cassazione di tale sentenza, nella parte relativa al rigetto delle domande di inefficacia dei pagamenti diversi da quelli rispettivamente eseguiti nei giorni 19 e 20 novembre 2002 e 2 maggio 2003, la curatela del fallimento della Panair s.p.a. propose ricorso contenente tre motivi di impugnazione.

4. La GES.A.P. s.p.a. resiste con controricorso.

5. Ciascuna parte ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la sentenza viene censurata in ragione della, dedotta, falsa applicazione degli artt. 115 e 167 cod. proc. civ., per avere la Corte di appello attribuito alle difese contenute nella comparsa di risposta depositata nel giudizio di primo grado – nell'atto specificate – il requisito della specifica contestazione dei pagamenti posti a fondamento delle domande dalla curatela proposte e, di contro, per non avere il giudice di appello fondato la sua decisione sui fatti non specificamente contestati dalla convenuta.

2. Con il secondo motivo la curatela ricorrente censura la sentenza di appello ancora una volta per falsa applicazione degli artt. 115 e 167 cod. proc. civ., avendo il giudice di appello omesso di fondare la propria decisione anche ^{su} i contenuti degli estratti di conto corrente bancario da essa ricorrente depositati, nella parte relativa agli ulteriori pagamenti, pari a €. 55.000 (scritture del 28 novembre e del 3 dicembre 2002), dalla società convenuta non specificamente contestati.

3. Infine il ricorrente deduce che la sentenza è caratterizzata da omesso esame del contenuto degli estratti di conto corrente bancario (depositati nel giudizio di primo grado), decisivo per il giudizio e oggetto di discussione fra le parti (art. 360, n. 5), cod. proc. civ.), la cui stessa esistenza è stata ignorata dal giudice di appello.

4. Il primo motivo è fondato con la precisazione di seguito evidenziata.

Dalla sentenza impugnata risulta che la citazione introduttiva del giudizio di primo grado (definito dal Tribunale di Palermo con sentenza emessa il 16 marzo 2010) venne notificata all'odierna controricorrente il 3 luglio 2008.

In ragione di tale momento di instaurazione della lite non è a questa applicabile il precetto recato dall'art. 115, primo comma, cod. proc. civ. nel testo introdotto dall'art. 45, comma 14, della legge n. 69 del 2009, efficace a decorrere dal 4 luglio 2009 (art. 58, comma 1, della stessa legge n. 69 del 2009).

Il principio di non contestazione, formalmente sancito da tale disposizione di legge (secondo cui, per quanto qui interessa, il giudice deve porre a fondamento della propria decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita), era tuttavia già presente nella disciplina legale del processo, essendo esso "diritto vivente" (interpretazione di norma di legge da parte di costante giurisprudenza di legittimità, con particolare riferimento ad arresti delle sezioni unite della Corte di

cassazione) derivato dall'interpretazione data dalla giurisprudenza di legittimità (il riferimento è a Cass. S.U., n. 761 del 2002) all'art. 167, primo comma, cod. proc. civ. (nel testo introdotto dall'art. 11 della legge n. 353 del 1990, efficace a decorrere dal 30 aprile 1995) e al successivo art. 416, terzo comma (relativo al contenuto della memoria di costituzione del convenuto nelle controversie in materia di lavoro).

In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 167, primo comma, del codice di rito, nell'imporre al convenuto ("deve") di prendere posizione nella comparsa di risposta "sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda", da intendere come fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio dall'attore (c.d. "fatti primari"), rende la non contestazione di un fatto costitutivo «un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti»; rappresentando la mancata contestazione di un fatto costitutivo del diritto, «in positivo e di per sè, l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto... e, quindi, rende inutile provarlo, perché non controverso» (così, in motivazione, Cass. S.U., n. 761 del 2002, cit.).

Il convenuto, dunque, ai sensi dell'art. 167 cod. proc. civ. è tenuto, anche anteriormente alla formale introduzione del principio di non contestazione a seguito della modifica dell'art. 115 dello stesso codice, a prendere posizione, in modo chiaro e analitico, sui fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda, i quali debbono ritenersi ammessi, senza necessità di prova, ove la parte, nella comparsa di risposta, si sia limitata ad una contestazione non chiara e non specifica (in questo senso, cfr. Cass. n. 19896 del 2015; Cass. n. 26908 del 2020).

Il principio di non contestazione, con conseguente *relevatio* dell'avversario dall'onere della prova, postula ovviamente che quest'ultimo abbia ottemperato all'onere di indicare specificamente i fatti costitutivi del diritto di cui chiede tutela in sede giudiziale; con la conseguenza che la mancata allegazione specifica dei fatti costitutivi, modificativi o estintivi - rispetto ai quali opera il principio di non contestazione (cfr. Cass., n. 17966 del 2016; Cass. n. 21460 del 2019) - esonera il convenuto, che abbia genericamente negato il fatto altrettanto genericamente allegato, dall'onere di compiere una contestazione circostanziata (in questo senso, cfr. Cass. n. 26908 del 2020, cit.).

E' in quest'ordine di concetti che si risolve la questione di diritto coinvolta dal primo motivo di ricorso che, in ragione della sua autosufficienza, autorizza la Corte

a prendere visione degli atti processuali rilevanti (citazione introduttiva del giudizio di primo grado; comparsa di risposta depositata in tale giudizio).

Nella citazione notificata alla controparte il 3 agosto 2008 la curatela del fallimento della Panair s.p.a., dopo avere affermato che il fallimento di tale società era stato dichiarato il 21 agosto 2003:

a) indicò con precisione, specificando le singole date di esecuzione, diciannove pagamenti dalla Panair eseguiti in favore della GES.A.P. s.p.a. nel periodo compreso fra il 25 novembre 2002 e il 6 maggio 2003 (pag. 3 dell'atto) a suo dire revocabili in applicazione dell'art. 67, secondo comma l.fall., nel testo all'epoca vigente;

b) affermò di avere "fornito la prova - che comunque potrà essere integrata in corso di causa - dell'esecuzione di pagamenti nell'anno antecedente il fallimento"; precisando che detta prova si ricavava dal contenuto dei documenti, allegati alla citazione, specificamente indicati nella pag. 4 dell'atto;

c) asserì, "in via istruttoria", che, "ove nelle more gli istituti di credito non abbiano fornito copia dei titoli negoziati e dello sviluppo dei rapporti... verrà chiesta agli istituti la esibizione di tali documenti ed alla GESAP la esibizione delle proprie scritture contabili" (pag. 5 dell'atto).

Nella comparsa di risposta depositata nel giudizio di primo grado, la GES.A.P. s.p.a.:

a) prima di illustrare il contenuto delle proprie difese, contestò "espressamente ed in ogni suo punto il contenuto dell'atto di citazione" (pag. 2 dell'atto);

b) nel negare di essere stata a conoscenza dello stato di insolvenza della Panair s.p.a. nel periodo indicato dall'attore, affermò che "il ritardo nei pagamenti non rappresenta prova o indizio di insolvenza anche perché gradualmente ripianati" (pag. 4 dell'atto);

c) in risposta alle affermazioni contenute nella citazione quanto alla prova dei pagamenti, affermò espressamente: "la curatela riserva, poi, al prosieguo del giudizio di fornire la prova della pretesa di credito. Pertanto a nostra volta non possiamo che riservare la confutazione a quella data" (pag. 5 dell'atto).

Nel caso di specie, dunque:

a) la curatela indicò specificamente nella citazione i fatti costitutivi delle plurime azioni revocatorie fallimentari da essa esercitate (esistenza, consistenza e date dei pagamenti dalla società *in bonis* eseguiti alla GES.A.P. s.p.a. nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento);

b) la convenuta in tali azioni era, in ragione della precisione della citazione sul punto, obbligata dall'art. 167 cod. proc. civ. a contestare specificamente esistenza, consistenza e date dei pagamenti dalla curatela indicati, ma ciò non fece; avendo svolto, da un lato, una difesa incompatibile con la negazione della

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ricezione di ciascun pagamento (affermazione relativa al "ritardo nei pagamenti") e, dall'altro, avendo contestato non i fatti costitutivi della pretesa (c.d. "fatti primari") siccome dettagliatamente indicati dall'attore, bensì quelli relativi alla prova dei dedotti pagamenti (c.d. "fatti secondari"), come tali estranei all'ambito di applicabilità della citata disposizione del codice di rito (come precisato, in motivazione, dalla sopra citata sentenza del 2002 delle sezioni unite della Corte), in tal guisa confermando la natura di mero stile dell'affermazione (sopra trascritta) contenuta nella premessa della comparsa di risposta prima dell'illustrazione delle difese in concreto svolte.

Premesso che non è più in discussione (in mancanza di ricorso incidentale sul punto) la questione della prova della conoscenza da parte della controricorrente dello stato di insolvenza della Panair s.p.a. al tempo della ricezione dei pagamenti rispettivamente eseguiti nei giorni 19 e 20 novembre 2002 e 2 maggio 2003, la sentenza impugnata, nel valorizzare essenzialmente la "riserva" del convenuto sulla confutazione specifica delle prove dei singoli pagamenti dedotti dall'attore (in risposta alle affermazioni relative alle prove contenute nelle, sopra richiamate, pagg. 4 e 5 della citazione) in funzione della affermata non applicabilità al caso di specie del principio di non contestazione sancito dall'art. 167, primo comma, cod. proc. civ., è erronea in diritto giacché mette sullo stesso piano i fatti costitutivi del diritto (che avrebbero dovuto essere specificamente contestati in risposta alla specifica allegazione degli stessi da parte dell'attore) e le prove dei singoli dedotti pagamenti (affermazione, questa, di fatti estranei all'ambito di applicabilità della citata disposizione del codice di rito in quanto secondari).

In altre parole, se con l'atto introduttivo del giudizio di merito l'attore afferma che un determinato fatto è occorso in un giorno preciso e tale fatto ha natura costitutiva del diritto da lui fatto valere, ad evitare l'applicazione della regola di non contestazione del fatto medesimo, il convenuto deve, in comparsa di risposta, negare che quel fatto sia mai occorso ovvero affermare che nel giorno indicato dall'attore era accaduto un fatto (anche solo parzialmente) diverso ovvero ancora asserire che il fatto indicato dall'attore era accaduto in un giorno diverso da quello indicato dalla controparte.

E' dunque errata in diritto l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, relativa alla non applicabilità del principio di non contestazione sancito dall'art. 167, primo comma cod. proc. civ. nel caso di contestazione solo relativa al fatto, secondario, costituente prova del fatto costitutivo del diritto dalla curatela fatto valere.

5. L'accoglimento del primo motivo del ricorso determina l'assorbimento degli altri due motivi; chiaramente proposti per il caso di rigetto del primo motivo.

6. In conclusione, la sentenza impugnata, nella parte in cui rigettò le domande revocatorie fallimentari relative ai sedici pagamenti, diversi da quelli oggetto della pronuncia di accoglimento nella stessa sentenza contenuta, specificamente indicati dal ricorrente nella pag. 3 della citazione notificata il 3 luglio 2008, è da cassare con rinvio alla Corte di appello di Palermo che, in diversa composizione, dovrà uniformarsi al seguente principio di diritto:

“Il convenuto, ai sensi dell’art. 167, primo comma, cod. proc. civ., è tenuto, anche anteriormente alla formale introduzione del principio di non contestazione a seguito della modifica dell’art. 115 cod. proc. civ., a prendere posizione, in modo chiaro e analitico, sui fatti costitutivi del diritto fatto valere specificamente indicati dall’attore a fondamento della propria domanda; la conseguenza è che tali fatti debbono ritenersi ammessi, senza necessità di prova, ove la parte, nella comparsa di risposta, si sia limitata, con clausola di mero stile, a contestare “espressamente ed in ogni suo punto il contenuto dell’atto di citazione”, senza esprimere alcuna chiara e specifica contestazione relativa a tali fatti costitutivi e senza che, allo scopo, rilevi la, diversa, contestazione relativa al valore probatorio dei documenti dall’attore allegati alla citazione”.

Al giudice di rinvio è rimessa anche la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte cassa la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di appello di Palermo, in diversa composizione, cui demanda anche la pronuncia sulle spese relative al giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione Civile della Corte, il 16 settembre 2021.