

Civile Sent. Sez. 3 Num. 7477 Anno 2020

Presidente: ARMANO ULIANA

Relatore: OLIVIERI STEFANO

Data pubblicazione: 20/03/2020

SENTENZA

sul ricorso 4076-2018 proposto da:

CASSA DI RISPARMIO DI ASTI SPA in persona del
Presidente del Consiglio di Amministrazione dott. ALDO

oggetto la
restituzione
della somma
impiegata
per eseguire
il pagamento
inefficace

PIA e per essa il suo procuratore dott. MARIO ANTODIO R.G.N. 4076/2018

UDO, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA UGO DE Cron. 7677

CAROLIS N 77, presso lo studio dell'avvocato LUCIO Rep.

2019 LAURITA LONGO, che la rappresenta e difende unitamente Ud. 16/05/2019

1124 all'avvocato RICCARDO MARINETTI; PU

- *ricorrente* -

contro

FALLIMENTO ITR INDUSTRIA TRASFORMAZIONE RESINE SRL IN

LIQUIDAZIONE in persona del Curatore dott. LUCA POMA,
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA G. PORRO N.8,
presso lo studio dell'avvocato ANSELMO CARLEVARO,
rappresentato e difeso dall'avvocato DAVID COLOMBINI;

- **controricorrente** -

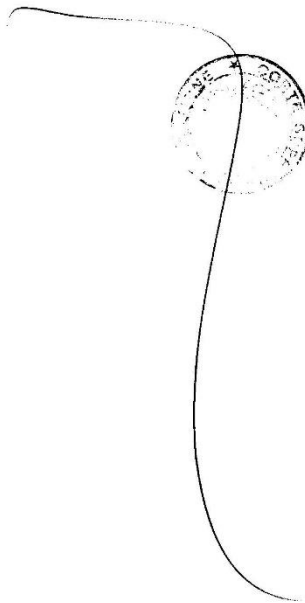
avverso la sentenza n. 2553/2017 della CORTE D'APPELLO
di TORINO, depositata il 01/12/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 16/05/2019 dal Consigliere Dott. STEFANO
OLIVIERI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. TOMMASO BASILE che ha concluso per
l'accoglimento 1° motivo;

udito l'Avvocato LUCIO LAURITA LONGO;

udito l'Avvocato ANSELMO CARLEVARO per delega orale;



Fatti di causa

Il Fallimento ITR-Industria Trasformazione Resine s.r.l. in liquidazione proponeva ricorso ex art. 702 bis c.p.c. avente ad oggetto l'accertamento della inefficacia -ai sensi dell'art. 44 Legge fallimentare- nei confronti della massa dei creditori, dei pagamenti eseguiti dalla società con addebito sui propri conti bancari intrattenuti con Cassa Risparmio di Asti s.p.a., lo stesso giorno 23.12.2013 in cui era stata dichiarata fallita, a favore di ARTECH s.r.l., per l'importo di € 65.000,00 versato mediante bonifico, ed a favore dello stesso liquidatore Giancarlo Marchesini il quale aveva incassato contanti per € 1.500,00 operando un prelievo sul conto della società. Il Fallimento chiedeva altresì la condanna della banca alla restituzione della complessiva somma di € 66.505,00 corrispondente ai pagamenti inefficaci.

Cassa Risparmio di Asti s.p.a. si costituiva e chiamava in giudizio Giancarlo Marchesini -che rimaneva contumace- proponendo domanda riconvenzionale subordinata di condanna ad essere manlevata per le somme eventualmente dovute al Fallimento, nonché domanda di condanna al risarcimento degli ulteriori danni.

Il Tribunale di Torino, con ordinanza ex art. 702 ter c.p.c. in data 4.5.2016, rigettava la domanda del Fallimento avendo fornito prova la banca, attraverso la certificazione della CCIAA di Milano, che i pagamenti erano stati sì eseguiti il 23.12.2013, ma in orari anteriori a quello in cui la sentenza dichiarativa di fallimento era stata annotata nel registro delle imprese, con efficacia verso i terzi, ai sensi degli artt. 16, comma 2, e 17, comma 2, della Legge fallimentare, come sostituiti dal Dlgs 9.1.2006 n. 5 e dal Dlgs 12.9.2007 n. 169.

La Corte d'appello di Torino, con sentenza in data 1.12.2017 n. 2553, in totale riforma della decisione di prime cure:

- dichiarava inefficaci i pagamenti, applicando il principio giurisprudenziale per cui gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento venivano a

prodursi, tanto per le parti quanto per l'opponibilità ai terzi, alla ora "0" dello stesso giorno di deposito della sentenza, interpretazione fornita dalla Corte di legittimità in assenza di espressa disposizione legislativa che attribuisse rilevanza anche all'ora -oltre che alla data- di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, ai sensi dell'art. 133 c.p.c., ovvero all'ora della iscrizione della stessa nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 17 co2 Legge fallimentare, e non sussistendo valide ragioni per diversificare il trattamento delle due ipotesi

- qualificava come azione di ripetizione dell'indebitato la domanda subordinata di manleva proposta dalla banca contro il Marchesini, rigettandola in quanto, relativamente all'importo accreditato con bonifico ad ARTECHE s.r.l., l' "accipiens" era quest'ultima e non il Marchesini (che aveva disposto l'ordine di bonifico); quanto al prelievo in contante di € 1.500,00 effettuato dal liquidatore della stessa società dichiarata poi fallita, difettava la prova che lo stesso Marchesini fosse anche l'effettivo destinatario del pagamento
- rigettava anche la domanda riconvenzionale subordinata di condanna al risarcimento dei danni, proposta dalla banca nei confronti del Marchesini in quanto: le disposizioni dei pagamenti inefficaci erano state impartite da soggetto titolare dei poteri rappresentativi dell'ente collettivo dunque erano imputabili in via esclusiva alla società ITR poi dichiarata fallita; nessun profilo di condotta illecita specifica era stato ascritto al Marchesini in proprio, quale persona fisica.

La sentenza di appello, notificata in data 5.12.2017, è stata impugnata da Cassa Risparmio di Asti s.p.a. con ricorso per cassazione affidato a due motivi.

Resiste con controricorso il Fallimento ITR s.r.l.

Le parti hanno depositato memorie illustrative ex art. 378 c.p.c.

Ragioni della decisione

La banca ricorrente ha impugnato la sentenza di appello deducendo :

4

RG n. 4076/2018
ric. CRA Cassa Risparmio Asti s.p.a. c/Fallimento ITR s.r.l.

Cons. est.
Stefano Olivieri

- a) il vizio di violazione e falsa applicazione delle norme processuali in tema di legittimazione passiva alla azione dichiarativa della inefficacia dei pagamenti eseguiti dal fallito successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 44 L.F. ed alla azione di ripetizione dell'indebitto ex art. 2033 c.c., nonché il vizio di omesso esame di un fatto decisivo ex art. 360 co1 nn. 3 e 5 c.p.c. (primo motivo)
- b) il vizio di violazione e falsa applicazione degli artt. 16co2, 17co2 e 44 Legge Fallimentare, nonché il vizio di omesso esame di fatto decisivo, in relazione all'art. 360co1 nn. 3 e 5 c.p.c., in ordine alla individuazione, alla stregua della interpretazione della disciplina normativa, del momento in cui la sentenza dichiarativa di fallimento diviene opponibile ai terzi (secondo motivo).

Osserva il Collegio che i motivi sono strettamente connessi e logicamente subordinati, in quanto la questione della individuazione del momento in cui la sentenza dichiarativa di fallimento diviene opponibile ai terzi condiziona anche la qualificazione in termini di legittimità/illegittimità della condotta tenuta della banca, presso la quale la società fallita ha intrattenuto i propri conti correnti, la soluzione della questione della legittimazione o meglio titolarità passiva della Cassa di risparmio in relazione al rapporto dedotto in giudizio.

La eccezione di giudicato interno implicito, formatosi -secondo il Fallimento resistente- sulla questione della legittimazione passiva ovvero sulla titolarità passiva del rapporto obbligatorio controverso in capo alla banca, è da ritenere infondata. Ed infatti:

- la "*legitimitas ad causam*" si ricollega al principio dettato dall'art. 81 cod. proc. civ., secondo il quale nessuno può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, e, trattandosi di materia attinente al contraddittorio e mirando la norma a prevenire una sentenza "*inutiliter data*", comporta la verifica, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo (col solo limite della formazione del giudicato interno) ed in via preliminare rispetto all'esame

5

del merito, della coincidenza dell'attore e del convenuto con i soggetti che, secondo la legge che regola il rapporto dedotto in giudizio così come invocata e prospettata nella domanda introduttiva, sono destinatari degli effetti della pronuncia richiesta: orbene, secondo una consolidata giurisprudenza di questa Corte, non è configurabile il giudicato implicito in relazione alle questioni "pregiudiziali" all'esame del merito ovvero a quelle concernenti la "proponibilità dell'azione" quando, intervenuta la decisione sul merito della controversia, la parte soccombente abbia proposto impugnazione relativamente alla sola od a tutte le statuizioni "di merito" della sentenza, in quanto detta impugnazione impedisce la formazione del giudicato "esplicito" sulla questione o sull'accertamento di merito che costituiscono l'indispensabile presupposto del giudicato implicito sulla questione pregiudiziale di rito (cfr. Corte cass. Sez. 3, *Sentenza n. 7337 del 27/07/1998*; id. Sez. U, *Sentenza n. 1912 del 09/02/2012*; id. Sez. 1, *Sentenza n. 5141 del 11/04/2002*; id. Sez. 5, *Sentenza n. 10027 del 29/04/2009*; id. Sez. 5, *Sentenza n. 5375 del 04/04/2012*; id. Sez. L, *Sentenza n. 14243 del 08/08/2012*; id. Sez. 1 - , *Sentenza n. 7776 del 27/03/2017* ; id. Sez. 6 - 3, *Ordinanza n. 31574 del 06/12/2018*)

- la "titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, del rapporto di diritto sostanziale" dedotto in giudizio, è un elemento costitutivo della domanda ed attiene, invece, al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla, con la conseguenza che le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso, hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto, non rilevabili dagli atti: pertanto la carenza di titolarità, attiva o passiva, del rapporto controverso è rilevabile di ufficio dal giudice, "in ogni stato e grado", se risultante dagli atti di causa (cfr. Corte cass. Sez. U, *Sentenza n. 2951 del 16/02/2016*; id. Sez. 3 - , *Ordinanza n. 11744 del 15/05/2018*),

6

salvo evidentemente che sul punto il Giudice di merito si sia espressamente pronunciato e tale statuizione non sia stata gravata da impugnazione

- il dedotto effetto preclusivo allo svolgimento di tale difesa (contestazione della titolarità passiva del rapporto obbligatorio) nel giudizio di legittimità, derivante -secondo l'assunto del Fallimento- dal giudicato implicito interno, asseritamente formatosi sul punto a seguito della condotta processuale della banca -dovendo ravvisarsi una oggettiva incompatibilità tra la domanda di "manleva" formulata dalla banca nei confronti del terzo chiamato in causa e la contestazione della titolarità passiva nel rapporto principale dedotto in giudizio-, non trova alcun riscontro negli atti processuali. Vale osservare, al proposito, che la Corte d'appello ha qualificato le domande proposte, in via subordinata, dalla banca nei confronti del terzo-chiamato, rispettivamente, come "*azione di ripetizione d'indebito*" ed "*azione di risarcimento danni*", escludendo, quindi, tanto la qualificazione di una azione di regresso nei confronti del coobbligato solidale, quanto quella di una azione volta a far valere un rapporto di garanzia propria od impropria tra la chiamante ed il terzo chiamato, fondato su un titolo contrattuale che obblighi quest'ultimo a sollevare la convenuta dalla pretesa attorea ovvero dalle conseguenze economiche della eventuale soccombenza nel rapporto principale. Dall'atto di chiamata del terzo non può, dunque, inferirsi alcun comportamento concludente della banca in ordine al riconoscimento della propria titolarità passiva nel rapporto principale, ed in particolare non può inferirsi alcuna incompatibilità logica e giuridica tra le domande proposte dalla banca contro il terzo, proposte solo in via condizionata all'accoglimento della pretesa attorea, e la contestazione della posizione passiva del rapporto, con indicazione del soggetto che ha ricevuto il pagamento quale esclusivo titolare del rapporto principale, restando in conseguenza esclusa la formazione di un giudicato implicito (rectius: di una condotta non contestativa della banca) su tale questione, in ordine

7

alla quale non vi è stata alcuna pronuncia espressa da parte del Giudice di merito, e può costituire quindi oggetto di verifica nel giudizio di legittimità (cfr. Corte cass. Sez. U, *Sentenza n. 2951 del 16/02/2016*).

Tanto premesso, ritiene il Collegio che le censure mosse, con il secondo motivo, dalla ricorrente alla statuizione della Corte d'appello, secondo cui la sentenza dichiarativa di fallimento è opponibile ai terzi dalla ora "zero" del giorno in cui la pronuncia è adottata, non introducono nuovi argomenti critici, idonei a mutare la conclusione raggiunta dal Giudice di merito sulla scorta dei precedenti conformi.

Occorre premettere che l'art. 44, primo comma della legge fallimentare, nel prevedere l'inefficacia, rispetto ai creditori, dei pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, configura logico corollario della perdita della disponibilità dei beni acquisiti al fallimento stesso (art. 42 LF) e mira a preservare l'integrità dell'attivo, assicurando la "*par condicio creditorum*". La norma in questione, alla luce della valenza letterale dell'espressione "*pagamenti eseguiti dal fallito*", nonché del presupposto sul quale essa norma si basa e della finalità da essa perseguita, è riferibile agli atti estintivi di obbligazioni del "solvens", compiuti con prelievo dal suo patrimonio e con connesso trattamento preferenziale dello "accipiens" (cfr. Corte cass. Sez. 5, *Sentenza n. 4957 del 18/04/2000*).

La legge fallimentare (r.d. 16.3.1942 n. 267, nel testo riformato dal Dlgs 9 gennaio 2006 n. 5) distingue il momento in cui si producono gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, secondo che si debba avere riguardo al debitore fallito ed al creditore istante ovvero ai terzi. Nel primo caso la sentenza prende efficacia dalla data della sua pubblicazione ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p.c. (cui rinvia espressamente l'art. 16 comma 2, primo periodo, della Legge Fallimentare); nel secondo la medesima disposizione di legge, comma 2 secondo periodo (), fa invece riferimento alla "*data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese*" dovendo procedersi alla

8

annotazione "presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta" (art. 16, comma 2, secondo periodo, che rinvia all'art. 17, comma 2, Legge Fallimentare).

Le norme richiamate non contengono alcun ulteriore riferimento cronologico diverso dalla data individuata dal giorno in cui vengono compiute le formalità che perfezionano la pubblicazione e la iscrizione nel registro della sentenza dichiarativa di fallimento.

In carenza di altri elementi indicativi, questa Corte, già nella disciplina anteriore alla riforma legislativa del 2006 (che si limitava a prevedere la provvisoria esecutività della sentenza), aveva ritenuto di dover colmare tale lacuna - alla stregua del criterio interpretativo fondato sulla "ratio legis" della norma, diretta non soltanto a disciplinare forme di conoscibilità legale del provvedimento, ma anche a stabilire un dato obiettivo certo cui ricollegare la produzione degli effetti della sentenza di fallimento - individuando nell' "ora zero" dello stesso giorno della pubblicazione o della iscrizione nel registro delle imprese, il momento in cui gli effetti vengono a prodursi nei confronti dei terzi e delle altre parti.

Non vi è dunque ragione di discostarsi dal principio di diritto secondo cui, in mancanza della prescrizione legale, tra gli elementi di individuazione della data della sentenza dichiarativa di fallimento, anche dell'annotazione della ora in cui la decisione è stata emessa, l'efficacia della sentenza inizia dalla prima ora di quel medesimo giorno (ora zero) e, pertanto, il fallito resta privo dell'amministrazione e della disponibilità dei beni e debbono ritenersi inefficaci gli atti dallo stesso compiuti e i pagamenti a lui effettuati, dal suddetto inizio di quella giornata, indipendentemente dall'ora in cui tali atti siano stati eseguiti (cfr. Corte cass. Sez. 1, *Sentenza n. 3047 del 18/08/1976*; id. Sez. 1, *Sentenza n. 14779 del 19/07/2016*, entrambe in relazione alla disciplina normativa previgente al Dlgs n. 5/2006). Il principio è stato confermato anche in relazione alla disposizione del comma secondo dell'art. 16 Legge

9

RG n. 4076/2018
ric. CRA Cassa Risparmio Asti s.p.a. c/Fallimento ITR s.r.l.

Cons. est.
Stefano Olivieri

Fallimentare introdotta dal Dlgs n. 5/2006, dal precedente di questa Corte cass. Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 5781 del 27/02/2019, che ha posto in rilievo come la differenziazione introdotta dalla legge in ordine alla -peraltro soltanto eventuale- diacronica produzione degli effetti della sentenza nei confronti delle parti e dei terzi (tale sfasamento cronologico, si verificherebbe indubitabilmente quanto all' "ora", ove però si dovesse avere riguardo al momento dell'effettivo compimento dell'attività richiesta dalla norma, precedendo necessariamente la pubblicazione della sentenza alla sua trasmissione telematica effettuata dal Cancelliere all'ufficio del registro delle imprese -art. 17, comma 3, LF-; mentre tale discrasia temporale si prospetterebbe soltanto eventuale, in relazione al "giorno": ed infatti il Cancelliere è tenuto a trasmettere la sentenza "entro il giorno successivo al deposito in cancelleria", ma ben potrebbe anche adempiere alla trasmissione lo stesso giorno nel quale, pertanto, potrebbe essere effettuata anche la annotazione nel registro delle imprese) non denota anche la volontà del Legislatore di stabilire un criterio diverso da quello secondo cui la data di efficacia coincide con il giorno, e dunque non incide, nè modifica, la "ratio legis" sottesa al primo ed al secondo periodo, del comma secondo, dell'art. 16 della Legge Fallimentare, in quanto identico permane, in entrambi i casi, lo scopo di ancorare ad un dato obiettivo, quanto più possibile preciso, il momento di produzione degli effetti della sentenza, scopo che viene soddisfatto, per l'appunto, attraverso la individuazione "ex ante" di tale momento all' "ora zero" del giorno in cui è effettuata la pubblicazione o la iscrizione nel registro delle imprese.

Tale criterio, pertanto : 1-non contrasta con la disposizione di legge, che individuando solo la data-giorno, non preclude l'indicato risultato interpretativo; 2-risponde alla esigenza di certezza sottesa alla "ratio legis" della disposizione, assicurando che gli effetti della sentenza si producano alla "data" di pubblicazione o di iscrizione, con riferimento quindi all'intera dimensione temporale della "data" che -in assenza di diversa indicazione- deve essere computata secondo il calendario comune suddiviso per giorni, mesi ed

10

anni (esprimendo gli artt. 2963 c.c. e 155 c.p.c., che a tale calendario si riferiscono, un principio di carattere generale) e dunque non può che coincidere con il numero cardinale ed il nome del giorno, il nome del mese e l'anno in cui l'atto è compiuto: ne segue che l'effetto della sentenza in quanto ricollegato dalla legge alla "data" di pubblicazione ed iscrizione nel registro, non può che essere riferito all' "intera durata" del giorno che inizia, per l'appunto, all'ora zero; 3-semplifica l'accertamento del termine che discrimina lo spossessamento del fallito (art. 42 LF) e la inefficacia degli atti e dei pagamenti dallo stesso compiuti o ricevuti (art. 44 LF), evitando defatiganti contestazioni e prevenendo possibili collusioni e condotte elusive.

Esente dai vizi censurati è, pertanto, la motivazione della Corte territoriale che, conformandosi al predetto principio di diritto, ha individuato l'elemento cronologico previsto dall'art. 44 LF per la dichiarazione di inefficacia nei confronti della massa dei creditori dei pagamenti effettuati dalla banca, nell'ora zero del giorno 23.12.2013 in cui la sentenza dichiarativa di fallimento è stata pubblicata ed iscritta nel registro delle imprese.

Occorre, quindi, esaminare il primo motivo di ricorso, con il quale la banca contesta la titolarità passiva del rapporto.

La censura è fondata.

Risulta incontestato che la disposizione di eseguire il bonifico bancario a favore di ARTECH s.r.l. ed il prelievo di cassa della somma in contanti, sono stati effettuati dal liquidatore della società, in nome e per conto del soggetto fallito.

Orbene l'art. 44, comma 1, della Legge Fallimentare dispone la inefficacia dei pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento (*"Tutti...i pagamentieseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori"*).

Lo strumento dell'inefficacia dei pagamenti è posto a tutela della *"par condicio creditorum"* ed è volto ad impedire l'effetto giuridico proprio dell'atto

estintivo del debito del fallito verso il terzo, in quanto -diversamente- il credito di quest'ultimo verrebbe ad essere sottratto alla verifica concorsuale ed alla falcidia dei crediti privilegiati di grado anteriore.

Ne segue che destinatario della domanda di accertamento della inefficacia del pagamento, e della conseguente domanda di restituzione della somma indebitamente versata (cfr. Corte cass. Sez. 1, *Sentenza n. 17196 del 29/07/2014*), non può che essere il creditore soddisfatto, ossia l' "accipiens" e non anche il soggetto -eventualmente- incaricato, dal fallito, ad eseguire il pagamento, il quale agisce per conto del fallito e non riceve da questi alcun pagamento.

E' stato, infatti, rilevato che "ai sensi di tale norma [ndr. art. 44 LF], deve ritenersi inefficace, se compiuto dopo il fallimento, qualsiasi atto satisfattivo comunque, e pur indirettamente, riferibile al debitore fallito, **o perché eseguito con suo denaro, o per suo incarico** (nei modi della **delegazione, o dell'accollo cumulativo non allo scoperto**), **ovvero in suo luogo**, come avviene, per l'appunto, nell'ipotesi in cui il pagamento sia effettuato in favore dei creditori del fallito dal terzo suo debitore, in esecuzione dell'ordinanza di assegnazione del credito presso di lui pignorato. Ma se così è, se cioè detto pagamento costituisce atto solutorio riconducibile al fallito, risulta evidente che, non diversamente da quanto avviene nel caso in cui lo stesso sia assoggettabile a revocatoria ai sensi dell'art. 67 L. fall., **l'azione ex art. 44 deve essere esercitata nei confronti dell'accipiens, ovvero di colui che ha effettivamente beneficiato del negozio satisfattivo.**" (cfr. Corte cass. Sez. 1, *Sentenza n. 14779 del 19/07/2016*). Sulla stessa linea si pone anche il precedente di questa Corte cass. Sez. 6 - 1, *Ordinanza n. 22160 del 03/11/2016* secondo cui in caso di fallimento del debitore già assoggettato ad "espropriazione presso terzi", l'azione revocatoria fallimentare del pagamento eseguito dal "debitor debitoris" può essere esercitata soltanto nei confronti del creditore assegnatario, ossia di colui che, beneficiando dell'atto solutorio, si è sottratto al concorso ed è, quindi, tenuto, onde ripristinare la "par condicio",

12

alla restituzione di quanto ricevuto, affinché sia distribuito secondo le regole concorsuali.

Al riguardo la banca ha invocato i precedenti di questa Corte cass. Sez. 1, *Sentenza n. 14779 del 19/07/2016* -dal quale il CED della Corte ha estratto la seguente massima : *"in caso di fallimento del debitore già assoggettato ad espropriazione presso terzi, l'azione con la quale il curatore fa valere l'inefficacia, ai sensi dell'art. 44 l.fall., del pagamento eseguito dal "debitor debitoris" al creditore assegnatario, ha ad oggetto un atto estintivo di un debito del fallito, a lui riferibile in quanto effettuato con il suo denaro e in sua vece, sicché va esercitata nei soli confronti dell' "accipiens", ossia di colui che ha effettivamente beneficiato dell'atto solutorio"*- e Corte cass. Sez. 1, **Ordinanza n. 4195 del 21/02/2018**, non massimata, che in relazione all'azione revocatoria ex art. 67 LF ha affermato il principio secondo cui *"il soggetto chiamato alla restituzione delle somme ricevute, tenuto conto del fine che è proprio della revocatoria fallimentare, cioè di ristabilire la par condicio creditorum, non può essere evidentemente che l'accipiens, inteso come colui che essendo creditore del fallito risulta beneficiario diretto dell'atto solutorio, non certo il suo rappresentante che si sia limitato ad incassare il denaro per farlo poi confluire nella piena disponibilità del rappresentato"*.

Assume il Fallimento che la fattispecie esaminata nel primo degli indicati precedenti giurisprudenziali era intermediata dall' "ordine di assegnazione" del GE sicché il pagamento eseguito dal *"debitor debitoris"* risultava giustificato da un titolo giudiziale che lo rendeva -in ipotesi- imputabile al fallito, anche se -in tesi- privo di efficacia solutoria, se pure limitatamente ai creditori concorsuali (cfr. Corte cass. Sez. 6 - 1, *Ordinanza n. 25421 del 17/12/2015* secondo cui, in caso di assegnazione ai sensi dell'art. 553 c.p.c., il pagamento eseguito dal terzo *"debitor debitoris"* in favore del creditore assegnatario estingue sia il suo debito nei confronti del debitore esecutato che quello di quest'ultimo verso il creditore predetto, sicché, ove lo stesso sia successivo al fallimento del menzionato debitore, è privo di effetti, ex art. 44 l.fall., ma solo nel rapporto

13

obbligatorio tra il fallito e quel creditore, che, pertanto, è l'unico soggetto obbligato alla restituzione al curatore di quanto ricevuto); diversamente, nella vicenda oggetto del presente giudizio, con lo scioglimento del contratto di conto corrente bancario, a far data dalla dichiarazione di fallimento (art. 78 LF), il materiale trasferimento dei fondi dalla provvista del conto della società fallita mediante accredito sul conto del creditore, non poteva integrare un atto solutorio riferibile al fallito, non potendo configurare, essendo venuto meno il rapporto bancario, adempimento contrattuale -in difetto di un valido ordine dispositivo conferito alla banca- con effetti ricadenti nella sfera patrimoniale del cliente-fallito, con la conseguenza che l'accredito -in quanto disposto con denaro proprio della banca- si era risolto in un indebito oggettivo e la banca, da un lato, era tenuta a restituire l'intera provvista al Fallimento, mentre, dall'altro, era legittimata ad agire ex art. 2033 c.c. nei confronti del terzo- "accipiens" (cfr. Corte cass. Sez. 1, *Sentenza n. 9167 del 01/08/1992*).

Osserva il Collegio che i precedenti giurisprudenziali invocati dalla banca, per sostenere la eccezione di difetto di legittimazione passiva e di titolarità del rapporto di diritto sostanziale, sono all'evidenza del tutto inconferenti.

La fattispecie esaminata da Corte cass. n. 14779/2016, infatti, concerne il pagamento eseguito coattivamente dal "debitor debitoris", e presuppone che il pagamento, anche se eseguito da soggetto diverso dal fallito, sia comunque riferibile alla sfera patrimoniale di quest'ultimo, in tal modo divergendo tale vicenda da quella, oggetto della presente controversia, in cui la banca che ha effettuato materialmente il pagamento -eseguendo la disposizione, ricevuta dal fallito, di bonifico della somma sul conto del terzo creditore- non ha assunto alcuna obbligazione nei confronti del terzo, né tanto meno ha inteso adempiere un proprio debito nei confronti fallito; così come del tutto diversa è la fattispecie, oggetto dell'altro precedente giurisprudenziale, in cui la questione della legittimazione passiva concerneva esclusivamente la posizione "neutrale", rispetto all'azione revocatoria fallimentare, del soggetto che aveva agito soltanto quale "rappresentante o nuncius" del terzo-creditore, in quanto

da questi incaricato di ricevere materialmente, per suo conto, il pagamento della somma.

Quanto al rilievo di merito formulato dal Fallimento controricorrente, che prospetta la diversa ricostruzione della fattispecie concreta incentrata sullo scioglimento del contratto bancario determinato dalla dichiarazione di fallimento, osserva il Collegio che, se la questione presenta indubitabili elementi di riflessione, tuttavia tale difesa, comportando una immutazione dei fatti costitutivi della pretesa, si palesa nuova rispetto all'oggetto del "thema controversum" e dunque non può accedere all'esame demandato al sindacato di legittimità.

Risulta dalla sentenza di appello che il Fallimento, con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. aveva evocato in giudizio la banca, chiedendo di:

a) *"dichiarare inefficace nei confronti dei creditori" ex art. 44 LF "il pagamento di € 66.505,00";*

b) *"e per l'effetto condannare la Cassa di Risparmio di Asti s.p.a. alla restituzione.....della somma corrispondente al pagamento dichiarato inefficace".*

La correlazione tra domanda di accertamento di inefficacia e domanda di condanna, così come posta nell'atto introduttivo, circoscriveva, quindi, l'allegazione dei fatti costitutivi : 1-al presupposto della intervenuta opponibilità alla banca della sentenza dichiarativa di fallimento; 2-all'elemento cronologico del compimento dell'atto solutorio, in data successiva a quella di pubblicazione ed iscrizione della sentenza predetta nel registro delle imprese, con conseguente inefficacia del pagamento; 3-all'ammontare della somma di denaro destinata al pagamento, con la esecuzione dell'ordine di bonifico ed il prelevamento di cassa.

Tali essendo esclusivamente i fatti costitutivi allegati a sostegno della domanda principale di accertamento -dovendo intendersi la domanda

15

recuperatoria di condanna meramente consequenziale ed accessoria rispetto alla prima-, rimaneva del tutto estraneo all'oggetto della controversia il presupposto di fatto -in quanto pacificamente dato e non contestato- della esistenza di un preesistente rapporto contrattuale (definito di "conto corrente" senza altre indicazioni) tra la società fallita e la banca, come -peraltro- trova riscontro anche nelle difese di merito, svolte dalla banca convenuta, circoscritte soltanto: a) alla eccezione di difetto di legittimazione o comunque di titolarità passiva del rapporto, sostenendo la convenuta che unico legittimato era il soggetto che aveva riscosso la somma; b) alla questione della individuazione del momento di efficacia e di opponibilità della sentenza dichiarativa di fallimento, nei confronti dei terzi di buona fede, alla stregua della interpretazione degli artt. 16 e 17 della Legge Fallimentare, sostenendo la banca che gli adempimenti relativi alla pubblicazione ed annotazione della sentenza si collocavano in un orario posteriore rispetto a quello in cui, nello stesso giorno, erano stati effettuati gli atti dispositivi.

L'argomento speso dal Fallimento nel controricorso, inteso a ricondurre ad un diverso fatto costitutivo -lo scioglimento del contratto di conto corrente ex art. 78 LF- la domanda recuperatoria, integra pertanto una "nuova allegazione" che non può avere accesso per la prima volta in sede di legittimità, in quanto prescinde dai presupposti fattuali della declaratoria di inefficacia ex art. 44 LF, originariamente richiesta, e viene ad operare su un diverso piano della fattispecie che non attiene alla "inefficacia del pagamento disposto od eseguito dal fallito" ma al rapporto obbligatorio che intercorre direttamente tra la banca ed il Fallimento della società correntista.

La fattispecie descritta dall'art. 44 LF, in relazione ai pagamenti, ipotizza che l'atto, o meglio gli effetti giuridici dell'atto, siano riferibili alla sfera patrimoniale del fallito, con la conseguenza che, il pagamento effettuato mediante ordine di bonifico, richiede l'esistenza di un valido ed efficace rapporto contrattuale con la banca (da individuarsi nella convenzione di delegazione di pagamento accessoria al contratto di conto corrente) tale da giustificare la riferibilità al

delegante (fallito) dell'atto giuridico compiuto dalla banca-delegata, ed a qualificare detto atto come "pagamento", ossia come adempimento estintivo di un'obbligazione che era stata assunta dal soggetto (poi dichiarato fallito) nei confronti del terzo, con effetto satisfattivo del credito.

Posta in questi termini la fattispecie delineata dall'art. 44 LF, risulta del tutto evidente come : a) l'azione dichiarativa della inefficacia, debba essere svolta nei confronti del terzo-"accipiens", quale unico legittimato passivo, in quanto diretta a privare l'atto giuridico-pagamento dell'effetto estintivo del debito, con la conseguenza, da un lato, che il curatore potrà recuperare dal terzo la somma a questi versata, eventualmente azionando il titolo esecutivo relativo al capo di condanna della sentenza dichiarativa della inefficacia; dall'altro che, persistendo inadempita la obbligazione originaria, il terzo sarà legittimato ad insinuare il proprio credito al passivo della procedura concorsuale; b) la banca-delegata rimane del tutto estranea al rapporto obbligatorio tra il fallito ed il terzo, e non è, pertanto, destinataria né dell'azione di inefficacia, né della azione di condanna alla restituzione, fatta salva una sua eventuale responsabilità, ad altro e diverso titolo, nei confronti del proprio cliente (fallito), che dovrà, allora, essere dedotta specificamente in giudizio dal curatore, a fondamento di una distinta azione di condanna.

Risulta, dunque, evidente come l'azione ex art. 44 LF sia fondata su presupposti diversi rispetto alla domanda volta a ricondurre l'insorgenza della obbligazione restitutoria della somma di denaro, a carico della banca-delegata, al distinto presupposto fattuale dell'inadempimento della relativa obbligazione derivante dal contratto di conto corrente, in seguito alla cessazione ex lege dello stesso e della accessoria convenzione di delegazione (art. 78 LF), non avendo la banca ottemperato a trasferire il saldo attivo del conto agli organi fallimentari, così come cristallizzatosi nel suo ammontare alla data della dichiarazione di fallimento. E come ancora diversa sia la domanda di condanna fondata sul presupposto della inesistenza di qualsiasi vincolo obbligatorio "ex contractu" tra le parti, con la quale si venga ad individuare, nell'atto di

disposizione del denaro appartenente al soggetto fallito -distratto a vantaggio del terzo creditore-, una condotta illecita da cui si intenda far derivare la responsabilità extracontrattuale della banca per indebita appropriazione.

Gli evidenziati limiti della allegazione dei fatti costitutivi della pretesa formulata dal Fallimento, **non consentono, dunque, una mera diversa qualificazione giuridica** della fattispecie concreta dedotta in giudizio (e della domanda), venendo ad incidere la differente prospettazione attorea sullo stesso accertamento di merito concernente la individuazione del soggetto effettivamente destinatario della pretesa.

Il pagamento dichiarato inefficace, lascia in vita la originaria obbligazione contratta dal fallito con il terzo-creditore, perseguendo il duplice scopo 1-di ripristinare la "par condicio creditorum" e 2-di conservare integro il patrimonio del fallito, cristallizzato alla data della dichiarazione di fallimento. La domanda di inadempimento contrattuale o di responsabilità extracontrattuale, prescinde del tutto dalla inefficacia del pagamento (id est dalla eliminazione dell'effetto estintivo del debito del fallito) ed impone invece l'accertamento della disforme condotta della banca rispetto alla prescrizione della attività dovuta, avente titolo nel contratto (e nella disciplina legale integrativa) o nella regola generale dell'art. 2043 c.c..

In conseguenza, avendo correlato il Fallimento la domanda di condanna alle restituzioni alla pronuncia dichiarativa della inefficacia del pagamento delle somme riscosse dai creditori, la relativa azione doveva essere proposta nei confronti dei terzi creditori -che avevano alterato il principio della "par condicio" attraverso la soddisfazione preferenziale dei propri crediti- e non, invece, nei confronti della banca, priva dunque di legittimazione passiva rispetto alla domanda ex art. 44 LF, non avendo, peraltro, il Fallimento fondato la distinta domanda recuperatoria su altri elementi fattuali idonei a far emergere un'obbligazione restitutoria delle somme a carico della banca.

La sentenza impugnata va, pertanto cassata e, non occorrendo procedere ad ulteriore attività istruttoria, questa Corte può decidere nel merito la causa ai sensi dell'art. 384 comma 2 c.p.c., con il rigetto della domanda introduttiva del Fallimento della società ITR s.r.l..

La alterna vicenda processuale e la particolarità delle questioni trattate indicano a compensare integralmente le spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, quanto al primo motivo; dichiara infondato il secondo motivo; cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta la domanda introduttiva di condanna proposta dal Fallimento della società ITR s.r.l. nei confronti di Cassa di Risparmio di Asti s.p.a..

Compensa integralmente le spese processuali.

~~Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del Dpr 30 maggio 2002 n. 115, inserito dall'art. 1 comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.~~

Così deciso in Roma il 16/ 05/2019

Il Consigliere estensore