

Civile Sent. Sez. 1 Num. 23710 Anno 2012

Presidente: PLENTEDA DONATO

Relatore: BERNABAI RENATO

Data pubblicazione: 21/12/2012

SENTENZA

sul ricorso 11552-2006 proposto da:

DI [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
elettivamente domiciliato in ROMA, [REDACTED]
presso l'avvocato CALDORO MARIA FRANCESCA,
rappresentato e difeso dall'avvocato DE MAIO CARLO,
giusta procura a margine del ricorso;

- *ricorrente* -

2012

1556

contro

[REDACTED]

- *intimato* -

sul ricorso 14271-2006 proposto da:

[REDACTED] in persona del
Curatore prof. avv. RAFFAELE RASCIO, elettivamente
domiciliato in ROMA, [REDACTED] presso
l'avvoc.a.to CAPUT CATERINA, rappresentato e difeso
dall'avvocato ERRICHIELLO GIUSEPPE, giusta procura a
margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

[REDACTED] elettivamente domiciliato in ROMA,
[REDACTED], presso l'avvocato CALDORO MARIA
FRANCESCA, rappresentato e difeso dall'avvocato DE
MAIO CARLO, giusta procura a margine del ricorso
principale;

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 400/2005 della CORTE D'APPELLO
di NAPOLI, depositata il 14/02/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 26/10/2012 dal Consigliere Dott. RENATO
BERNABAI;

udito, per il controricorrente e ricorrente
incidentale, l'Avvocato V. SOLA, con delega, che ha
chiesto l'accoglimento del ricorso incidentale,
rigetto del ricorso principale;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. MAURIZIO VELARDI che ha concluso per il

rigetto di entrambi i ricorsi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 18 giugno 1999 il [REDACTED] p.a. conveniva dinanzi al Tribunale di Napoli i [REDACTED] e lo STUDIO PROFESSIONALE [REDACTED] per ottenere la revoca, ex art. 67, secondo comma, legge fallimentare, del pagamento della somma di lire 34.734.118 effettuato nel periodo sospetto dalla società *in bonis* a titolo di compenso professionale.

Integratosi il contraddittorio con i convenuti - che eccepivano in via pregiudiziale di rito la carenza di legittimazione passiva e nel merito l'infondatezza della domanda - il Tribunale di Napoli, con sentenza in data 28 settembre 2001, accoglieva la domanda nei soli confronti dello Studio Professionale associato, che condannava alla restituzione della somma di lire 34.734.118, oltre interessi legali e spese di giudizio; mentre la rigettava verso il prof. [REDACTED], con la conseguente condanna al rimborso delle spese processuali.

In accoglimento dei gravami *hinc et inde* proposti, la Corte d'appello di Napoli, con sentenza 14 febbraio 2005, respingeva la domanda nei confronti dello Studio associato e l'accoglieva, invece, nei confronti del [REDACTED] che condannava, per l'effetto, anche alla rifusione della metà delle spese dei due gradi di giudizio, compensata la residua frazione.

Motivava

- che lo Studio Professionale associato non poteva sostituirsi ai singoli professionisti nei rapporti con la clientela in ordine a prestazioni per le quali è richiesto un titolo di abilitazione necessariamente personale;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

- che era provato - ed anche ammesso, in sede di interrogatorio libero - che l'attività giudiziaria era stata svolta solo dal [REDACTED]; il quale aveva altresì percepito i relativi compensi, pur se fatturati allo Studio associato omonimo;

- che in ordine all'ecceppita carenza di interesse della curatela, ex art. 100 cod. proc. civile, ad ottenere la revoca di un credito comunque privilegiato, anche se era inesatta la statuizione del tribunale secondo cui competeva al professionista dimostrare la mancanza di danno derivato alla massa dal pagamento del compenso, pure, il concreto pregiudizio risultava confermato da vari argomenti di prova: tra cui, la dichiarazione del curatore, non contestata, dell'ammissione al passivo di crediti privilegiati di ammontare superiore a lire 15 miliardi (di cui lire 1.800.000.000 per crediti dei dipendenti) a fronte di un attivo, insufficiente a soddisfarli integralmente.

Avverso la sentenza, non notificata, il prof. [REDACTED] proponeva ricorso per cassazione, articolato in due motivi e notificato il 5 aprile 2006.

Deduceva

1) la violazione degli artt. 2697 cod. civile, 100 cod. proc. civ. e 67 legge fallimentare, nonché la carenza di motivazione nella ritenuta sussistenza di un interesse ad agire della curatela per ottenere la revoca di un credito privilegiato, in difetto di prova del danno a creditori di grado pozione o eguale;

2) la violazione degli artt. 67 legge fallimentare, 11 r. d. 27 novembre 1933 n. 1598, nonché la carenza di motivazione nella dichiarazione di inefficacia del pagamento



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

del compenso ad un professionista, da assimilare, sotto questo profilo, al monopolista obbligato ad eseguire la prestazione anche in favore dell'imprenditore insolvente; e in subordine, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67 legge fallimentare in relazione all'art. 24 della Costituzione.

Il fallimento [REDACTED] resisteva con controricorso, ulteriormente illustrato con memoria ex art.378 cod. proc. civile, e svolgeva a sua volta ricorso incidentale, deducendo la violazione degli artt. 36,38 e 2697 cod. civ. e la carenza di motivazione nella ritenuta carenza di legittimazione passiva dello Studio associato.

All'udienza del 26 ottobre 2012 il Procuratore generale precisava le conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Dev'essere preliminarmente disposta la riunione del ricorso principale e del ricorso incidentale, concernenti entrambi la medesima sentenza (art. 335 cod. proc. civ.).

Con il primo motivo il [REDACTED] deduce, sotto il concorrente profilo della violazione di legge e del vizio di motivazione, la ritenuta sussistenza del presupposto oggettivo della fattispecie revocatoria: e cioè, del danno a creditori di grado pozione o eguale.

Il motivo è infondato.

Occorre premettere, sotto il profilo processuale, che nessuna preclusione si è formata sul motivo di gravame concernente

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

l'interesse ad agire della curatela. Pertanto, il rilievo che la Corte d'appello di Napoli abbia ritenuto, in dissenso dal giudice di primo grado, che incombesse sul curatore l'onere della prova di un interesse concreto ad agire (art. 100 cod. proc. civ.) - ravvisabile nel pregiudizio derivato al ceto creditorio dal pagamento impugnato - e che il relativo onere gravasse sulla curatela (peraltro assolto, a giudizio della medesima corte) non impedisce di riesaminare l'accertamento dell'elemento oggettivo della fattispecie revocatoria nella sua interezza: stante la mancanza di autonomia della questione preliminare del riparto dell'onere probatorio del danno, non bisognosa di ricorso incidentale, anche condizionato, da parte della curatela, interamente vittoriosa nel merito, e l'inapplicabilità al giudizio di cassazione della norma di cui all'art. 346 cod. proc. civile.

Alla luce di tale principio si osserva come la doglianza circa l'inesistenza di un interesse ad agire sia in radice infondata.

Al riguardo, occorre chiarire, in sede dogmatica, che il requisito dell'interesse ad agire, prescritto dall'art. 100 cod. proc. civ. (a prescindere dalla svalutazione che ne ha fatto un'eminente dottrina, quale "*quinta ruota del carro*"), ha natura processuale; e non va quindi confuso con l'interesse sostanziale originario, sotteso al diritto che si fa valere nel processo. Esso, al pari della legittimazione ad agire - che è nozione diversa dalla titolarità del diritto - prescinde dal merito della controversia, ricollegandosi solo alla prospettazione della domanda. È quindi correlato al diritto di azione, di natura astratta e atipica; e sussiste allorché il ricorso all'autorità giudiziaria si presenti come indispensabile per porre rimedio alla lesione del diritto vantato: restando escluso solo

laddove la stessa enunciazione dei fatti, in sede di *edictio actionis*, ne riveli l'inanità (cd. *azioni di mera iattanza*: Cass., sez. lav., 23 Novembre 2007, n.24434; Cass., sez.2, 18 aprile 2002, n.5635). Ne consegue, nel caso in esame, che l'allegazione di una lesione alla *par condicio creditorum* per insufficienza dell'attivo a soddisfare i crediti privilegiati ammessi allo stato passivo era idonea, di per sé, ad integrare il requisito ex art.100 cod. proc. civile, alla luce della concezione distributiva ed antindennitaria dell'azione revocatoria: secondo cui l'evento di danno è *in re ipsa* e consiste nella lesione della *par condicio creditorum*, ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa, a nulla rilevando che il pagamento, da parte dell'imprenditore fallito, abbia soddisfatto un creditore privilegiato (Cass. sez. unite, 28 Marzo 2006 n. 7028).

È appena il caso di aggiungere che la tesi ampiamente sviluppata nel ricorso porterebbe, paradossalmente, ad anteporre l'accertamento di merito sulla capienza dell'attivo per la soddisfazione dei crediti di grado poziore alla valutazione di un presupposto processuale, quale l'interesse ad agire: che, come tale, dev'essere, invece, verificato *in limine litis* (al pari della legittimazione) sulla base della mera prospettazione della domanda. Ne consegue che perdono di rilevanza tutte le argomentazioni sul rapporto tra attivo e passivo fallimentare; ed in particolare, le contestazioni di irritualità della relativa attestazione documentale, da parte della curatela, nei gradi pregressi di merito.

Con il secondo motivo il ricorrente principale denuncia la violazione di legge e l'illogicità della motivazione nella mancata equiparazione, sotto il profilo dell'esenzione da revocatoria,

dell'avvocato al monopolista obbligato ad eseguire la prestazione anche in favore dell'imprenditore insolvente (art.2597 cod, civ.).

Anche questa censura è infondata.

Il nucleo centrale della tesi dell'irrevocabilità del pagamento del compenso professionale poggia su un arresto di questa Corte, a sezioni unite, affermante l'esonero da revoca del pagamento di un credito liquido ed esigibile ricevuto dal monopolista nel periodo sospetto, senza la previa possibilità di sospendere o rifiutare la propria prestazione, pur nella consapevolezza dell'altrui insolvenza (Cass., sez. unite, 11 novembre 1998, numero 11.350).

Sennonché, la premessa maggiore del sillogismo è venuta meno a seguito del *revirement* di questa Corte sul tema, enunciativo dell'opposto principio di opponibilità, anche dall'imprenditore monopolista, delle eccezioni dilatorie e suspensive (artt. 1460 e 1461 cod. civ.), ritenute compatibili con l'obbligo di contrattare nell'osservanza della parità di trattamento, secondo il disposto dell'art. 2597 cod. civile: con la conseguenza che anche il pagamento del debito da lui ricevuto nell'anno anteriore alla dichiarazione del fallimento del somministrato o dell'utente, nel concorso con il presupposto soggettivo della *scientia decoctionis*, resta soggetto a revoca ex art.67, secondo comma, legge fallimentare (Cass., sez. unite, 23 gennaio 2004, n. 1232).

In ossequio al nuovo indirizzo, è stata poi affermata da questa Corte la soggezione a revoca fallimentare dell'acconto, o dell'anticipazione delle spese, nel contratto d'opera professionale, secondo gli usi previsti dall'art. 2234 cod. civile, (Cass., sez.1, 10 novembre 2006, n. 24.046, in una fattispecie, in termini, di pagamento eseguito dal fallito in favore di un avvocato).

Una conferma indiretta "a contrario" deriva dalla recente riforma fallimentare - pur inapplicabile al caso in esame, *ratione temporis* - nella parte in cui sottrae all'azione revocatoria i pagamenti di prestazioni di servizi (solo se) strumentali all'accesso alla procedura concorsuale di concordato preventivo (art. 67, secondo comma, lett. "G", legge fallimentare).

Alla luce dei predetti principi appare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma, in assenza di un idoneo *tertium comparationis* secondo il diritto vigente.

Pure infondato appare il ricorso incidentale, con cui si censura la ritenuta carenza di legittimazione passiva dello Studio Professionale [REDACTED]

Premessa l'inammissibilità della legittimazione attiva concorrente del singolo professionista e dello studio legale associato ad esigere il pagamento del compenso (Cass., sez.1, 8 settembre 2011 n.18455), si osserva come la corte territoriale abbia accertato con motivazione immune da vizi logici la natura personale del rapporto d'opera professionale: derivandone, coerentemente, la legittimazione passiva del solo professionista in proprio.

La reciproca soccombenza giustifica la compensazione delle spese della fase di legittimità.

P.Q.M.

- Riunisce i ricorsi e li rigetta;
- Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Roma, 25 Ottobre 2012