

*Oggetto: Fallimento-
Rivendica di beni mobili-
Incapacità a testimoniare.*

AC 8/2/2024.

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al numero 3001 del ruolo generale dell'anno 2022, proposto

da

Fallimento di Michele in persona del curatore speciale nominato dal Tribunale di Palermo, rappresentato e difeso, giusta procura speciale in calce al ricorso, dall'avv.

-ricorrente-

contro

Fallimento di s.r.l. Sport, in persona del curatore, rappresentato e difeso, giusta procura speciale in atti, dall'avv.

-controricorrente-

per la cassazione del decreto del Tribunale di Palermo n. 667/21, depositato in data 30 dicembre 2021;

udita la relazione sulla causa svolta nell'adunanza camerale dell'8 febbraio 2024 dal consigliere Angelina-Maria Perrino.

Fatti di causa

Emerge dal decreto impugnato che Michele propose istanza di restituzione di cinquantasei beni mobili con domanda proposta nei confronti del Fallimento di s.r.l. Sport, e fondata su quattro scritture private e su altrettante fatture, ma il giudice delegato lo escluse dallo stato passivo delle rivendiche.

Il tribunale fallimentare ha rigettato l'opposizione al decreto di esecutività dello stato passivo, che era stata riassunta, a seguito d'interruzione per la dichiarazione di fallimento dell'istante, in estensione di quello di s.r.l. Sport, nella qualità di socio illimitatamente responsabile della società di fatto costituita tra s.r.l.

Sport, Associazione sportiva dilettantistica Impianto sportivo polivalente e Michele nonché nella qualità di associato illimitatamente responsabile della suddetta associazione, dal curatore speciale del Fallimento dell'opponente.

A sostegno della decisione il tribunale ha considerato che le scritture private addotte a sostegno della domanda fossero prive di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, e ciò perché le relative fatture allegate, peraltro prive di descrizione dei beni e d'indicazione del prezzo per ciascuno di essi, inequivocabilmente duplicavano fatture già emesse con la medesima numerazione, di modo che non era possibile collocarle nel tempo.

A tanto il giudice dell'opposizione ha aggiunto che l'omessa indicazione dei prezzi dei beni determinava la superfluità della richiesta esibizione del libro giornale e del registro dei beni ammortizzabili, posta l'impossibilità di procedere a riscontri. Né si poteva procedere alla richiesta prova testimoniale, per l'incapacità a testimoniare di uno dei testi, rappresentante legale della società fallita, nonché per l'irrilevanza delle dichiarazioni che avrebbe potuto rendere l'altra teste, ossia la moglie dell'opponente, estranea alla

gestione societaria e per conseguenza in grado di riferire circostanze soltanto *de relato*, perché apprese dal medesimo Michele o dal legale rappresentante della fallita, peraltro figlio della teste, incapace di testimoniare.

Contro questo decreto il Fallimento di Michele propone ricorso per ottenerne la cassazione, che affida a quattro motivi e illustra con memoria, cui il Fallimento di s.r.l. Sport replica con controricorso, pure corredato di memoria.

Ragioni della decisione

1.- Il *primo motivo di ricorso*, col quale il Fallimento di Michele lamenta la violazione o falsa applicazione degli artt. 115 c.p.c., e 2704 e 2697 c.c., là dove il tribunale, nell'escludere che le fatture fossero prive di data certa anteriore al fallimento di s.r.l.

Sport, non ha considerato che lo stesso curatore aveva confermato che le fatture risultavano regolarmente registrate prima della dichiarazione di fallimento, e per di più inserite nelle dichiarazioni iva per gli anni 2016 e 2017, è inammissibile.

Anzitutto, a proposito delle fatture allegate, il tribunale ha affermato di non poterne collocare con certezza l'emissione nel tempo, perché duplicazione di altre, e questa valutazione non è censurata, posto che col motivo ci si limita a far leva sull'irrelevanza del fatto che la numerazione delle fatture conteneva una lettera dell'alfabeto.

1.1.- Il cuore della decisione sta, peraltro, nella considerazione che la genericità delle fatture, prive di descrizione dei beni e d'indicazione dei prezzi unitari, ad avviso del tribunale non consente di correlarle alle scritture, attribuendo ad esse data certa anteriore al fallimento: e questa statuizione non è aggredita col motivo.

2.- Del pari inammissibile è il *secondo motivo di ricorso*, col quale il Fallimento di Michele lamenta la violazione o falsa applicazione degli artt. 2704, 2607 e 2729 c.c., perché il tribunale fallimentare, in violazione della regola di giudizio che governa la

presunzione, non avrebbe esaminato complessivamente gli elementi della fattispecie concreta e, in particolare, non avrebbe valutato che l'importo a dare relativo al cliente contenuto nella scheda contabile della fallita è pari alla somma degli importi delle quattro fatture poste a sostegno della domanda, nonché l'esistenza del collegamento tra fatture e scritture di vendita, nelle quali i beni sarebbero stati analiticamente descritti.

In primo luogo, va ribadito che, in tema di prova per presunzioni, la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dall'art. 2729 c.c. e dell'idoneità degli elementi presuntivi dotati di tali caratteri a dimostrare, secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, i fatti ignoti da provare, è attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito (tra le più recenti, Cass. n. 27266/23).

2.1.- Il motivo è anche monco, perché, quanto alla statuizione di genericità delle fatture per omessa descrizione dei beni, con esso non si riporta e non si collega a ciascuna fattura il contenuto di ciascuna scrittura, dal quale, nella prospettazione del ricorrente, si sarebbe dovuto ricavare *per relationem* quello della corrispondente fattura: col motivo ci si limita sul punto a un generico richiamo dei «*doc. da 2 a 9 allegati alla domanda di insinuazione al passivo*» e prodotti col ricorso, il quale postula, inammissibilmente, che a tale collegamento provveda il giudice di legittimità.

3.- Inammissibile è anche il *terzo motivo di ricorso*, col quale il Fallimento ricorrente denuncia l'apparenza della motivazione del decreto impugnato quanto al rigetto della richiesta di ordine di esibizione del libro giornale e del registro beni ammortizzabili.

La motivazione, infatti, c'è e sta nell'impossibilità di procedere a riscontri per l'omessa indicazione dei prezzi dei beni; il che acquista ancor maggiore rilevanza proprio alla luce di quanto riferito in ricorso, in cui si legge (pag. 19) che nelle fatture era indicato il prezzo complessivo dei beni e si ammette l'esistenza di una

differenza di prezzo tra quanto riportato nel libro giornale e quanto indicato nelle fatture.

3.1.- E comunque l'ordine di esibizione, subordinato alle molteplici condizioni di ammissibilità di cui agli artt. 118, 119 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c., è espressione di una facoltà discrezionale rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, il cui mancato esercizio non può, quindi, formare oggetto di ricorso per cassazione, per violazione di norma di diritto (tra varie, Cass. n. 31251/21).

Ne deriva l'inammissibilità altresì del *punto IV.1 del quarto motivo di ricorso*, col quale si contesta il rigetto della richiesta di esibizione del libro giornale e dei registri dei beni ammortizzabili prospettando la violazione, tra l'altro, degli artt. 113, 115, 116 e 183, comma 7, c.p.c.

4.- Inammissibile è, per la parte restante, il *quarto motivo di ricorso*, col quale il ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione degli artt. 113, 115, 116, 183, comma 7, 246 c.p.c., nonché degli artt. 178, 179 e 2697 c.c., e degli artt. 24 e 111 Cost., e 6 della CEDU, perché per un verso il tribunale non avrebbe motivato affatto sulla richiesta di espletamento di c.t.u. e, per altro verso, ha ritenuto incapace a testimoniare il legale rappresentante della società fallita e la coniuge dell'opponente.

Quanto al profilo concernente l'incapacità a testimoniare del legale rappresentante della fallita, il motivo è inammissibile ex art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c.

Costante è difatti l'orientamento di questa Corte, secondo cui nelle controversie inerenti a rapporti economici compresi nel fallimento il fallito non può testimoniare, poiché pur sempre conserva la qualità di parte in senso sostanziale, di modo che nei suoi confronti opera il principio generale della relativa inconciliabilità con la veste di testimone (già Cass. n. 2404/89; n. 2680/93; n. 6725/96; n. 6583/15).

4.1.- Indubbiamente questo principio d'inconciliabilità, enunciato con riferimento alle persone fisiche, ha una portata minore per quel che concerne le persone giuridiche; ma tale portata minore è stata intesa da questa Corte soltanto nel senso che resta ferma l'incapacità a testimoniare della persona fisica che per statuto abbia la rappresentanza legale di quella giuridica, ma che la relativa eccezione di nullità della testimonianza deve essere proposta al più tardi dopo la sua assunzione o all'udienza successiva, in caso di mancata presenza del procuratore della parte interessata (così Cass. n. 19498/18); questione estranea al perimetro della materia giustiziabile.

5.- in relazione alla tenuta di questi principi è irrilevante la giurisprudenza CEDU richiamata in ricorso (in cui si cita la sentenza *Dombo Beheer BV c. Paesi Bassi*, ric. n. 14448/88, 27 ottobre 1993).

Al riguardo, la Corte costituzionale (con ordinanza n. 143/09) ha già chiarito che, con riferimento all'asserita violazione del principio della «*parità delle armi*» fra le parti prospettata dal ricorrente, anche sotto il profilo della ridotta possibilità di esercitare il diritto a difendersi provando, non è dato riscontrare alcuna violazione degli artt. 24, 111 e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo nella parte in cui vincola il legislatore nazionale al rispetto delle norme dell'ordinamento sovranazionale, nel caso rappresentate dall'art. 6, primo comma, della CEDU, come interpretato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo di Strasburgo.

5.1.- In particolare, con riguardo alla pretesa violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, la Corte EDU, con la sentenza richiamata in ricorso, ha chiarito che il contrasto si verifica allorché una delle due parti in causa sia posta dalla norma processuale in posizione di svantaggio nei confronti dell'altra. Al contrario, l'art. 246 c.p.c. si applica a tutte le parti del giudizio, escludendo, per ciascuna di esse e nella stessa maniera, la possibilità di indicare come testi le persone che sarebbero legittimate a partecipare al giudizio in corso:

per conseguenza il principio di «*parità delle armi*» non è affatto vulnerato.

6.- Il motivo è poi inammissibile con riguardo alla statuizione concernente la coniuge dell'opponente, in regime di comunione dei beni con lui.

Anzitutto, la decisione del tribunale è incentrata sulla superfluità di una tale testimonianza, perché la coniuge dell'istante avrebbe potuto riferire soltanto *de relato* su circostanze riferite dal medesimo opponente, o dal legale rappresentante della fallita, già ritenuto incapace a testimoniare.

In ordine a questa valutazione, aggredita col *punto 4.3. del quarto motivo*, si ribadisce che il giudizio sulla superfluità o genericità della prova è insindacabile in cassazione, involgendo una valutazione di fatto che può essere censurata soltanto se basata su erronei principi giuridici, ovvero su incongruenze di ordine logico (tra varie, Cass. n. 34189/22).

6.1.- Nel caso in esame, la valutazione non poggia su principi erronei, né su incongruenze di ordine logico.

Questa Corte ha difatti già avuto occasione di osservare che i testimoni *de relato actoris* sono quelli che depongono su fatti e circostanze di cui sono stati informati dal soggetto che ha proposto il giudizio, così che la rilevanza del loro assunto è sostanzialmente nulla, in quanto vertente sul fatto della dichiarazione di una parte e non sul fatto oggetto dell'accertamento, fondamento storico della pretesa; i testimoni *de relato* in genere, invece, depongono su circostanze che hanno appreso da persone estranee al giudizio, quindi sul fatto della dichiarazione di costoro, e la rilevanza delle loro deposizioni, pur attenuata perché indiretta, è idonea ad assumere rilievo ai fini del convincimento del giudice, nel concorso di altri elementi oggettivi e concordanti che ne suffragano la credibilità (Cass. n. 569/15; n. 7746/20).

Questo profilo di censura si rivela quindi inammissibile sotto entrambi i versanti, sia con riguardo alle circostanze apprese dal ricorrente, sia quanto a quelle apprese da soggetto incapace a testimoniare, quindi ritenuto inidoneo a rendere una deposizione dotata di rilevanza per quanto attenuata.

Né i capitoli di prova riportati in ricorso sono idonei a incrinare le valutazioni svolte, risolvendosi nella dichiarazione di presenza alla sottoscrizione delle scritture private, di cui non è riprodotto il contenuto, né, si ribadisce, indicato il collegamento con le fatture.

7.- Ne deriva l'inammissibilità, per carenza d'interesse ad agire, delle considerazioni, sviluppate nei *punti 4.1 e 4.2 del quarto motivo*, concernenti l'insussistenza dell'incapacità a testimoniare della coniuge dell'opponente.

8.- Le valutazioni complessivamente svolte in decreto hanno chiara efficacia assorbente, di modo che è inammissibile per carenza d'interesse ad agire anche l'ulteriore profilo di censura concernente la dedotta omissione di pronuncia in ordine alla richiesta di consulenza tecnica, diretta, nella prospettazione del ricorrente, a valutare la congruità dei prezzi indicati nelle fatture di vendita col valore dei beni e ad accertare che i beni, o la maggior parte di essi, si trovassero all'interno dell'impianto sportivo polivalente.

8.1.- In definitiva, il ricorso è inammissibile per l'inammissibilità dei motivi in cui si articola e le spese seguono la soccombenza.

Per questi motivi

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente a pagare le spese, che liquida in euro 7000.00 per compensi, oltre euro 200,00 per esborsi, al 15% a titolo di spese forfetarie, iva e cpa. Dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il raddoppio del contributo unificato, se dovuto.

Così deciso in Roma, l'8 febbraio 2024.