



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI MONDOVI'
IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA

In persona del Giudice designato, dr. Paolo Giovanni Demarchi,
ha pronunciato la seguente

SENTENZA IL CASO.it

nella causa civile avente R.G. n. 57/2006, promossa da:

Amministrazione Straordinaria XXXXX s.p.a., in persona del Commissario Straordinario, rappresentata dagli avv.ti e per procura a margine dell'atto di citazione, in data 28.12.2005, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Mondovì, via Piandellavalle 6.

ATTRICE

CONTRO

KKKKKS.p.a., con sede in Roma, rappresentata dagli avv.ti e, entrambi per procura generale alle liti del 14.02.1995, con domicilio eletto in Mondovì, presso l'avv., c.so Italia 17

CONVENUTA

Con il seguente oggetto: azione revocatoria

CONCLUSIONI DELLE PARTI

L'avv. così concludeva per l'attrice:

“Reiectis adversis.

Previa rimessione in termini di parte attrice per la produzione in giudizio degli estratti conto depositati con nota in data 16.1.2008.

Previo espletamento della C.T.U. disposta con ordinanza in data 29-30.5.2007 autorizzandosi il Consulente, nella denegata ipotesi di reiezione dell'istanza di rimessione in termini, ad acquisire gli estratti conto di cui sopra.

Previa ammissione delle prove orali dedotte in memoria 28.3.2007.

Dichiararsi inefficaci ex art. 67 c. 2 L. Fall. (nel testo previgente, applicabile alla fattispecie oggetto di causa) i versamenti indicati sub 4) dell'atto di citazione, eseguiti dalla XXXXX s.p.a. sul conto corrente n. 3720 acceso presso la Filiale di Milano Centro della KKKKKK s.p.a. nell'anno anteriore alla dichiarazione dello stato di insolvenza della società suddetta, in quanto aventi funzione solutoria, e conseguentemente condannarsi la banca convenuta al pagamento, in favore della procedura attrice, della somma di € 2.365.870,67 o di quell'altra somma, maggiore o minore, che risulterà dovuta all'esito del giudizio, sulla scorta delle risultanze probatorie acquisite.

IL CASO.it

Con gli interessi e la rivalutazione monetaria a far data da ciascuno dei versamenti.

Con il favore delle spese e sentenza provvisoriamente esecutiva.”

L'avv. così concludeva per la **convenuta**:

“A) Respingersi la domanda proposta dal Commissario della XXXXX S.p.A. in amministrazione straordinaria contro la KKKKKK nel presente giudizio.

B) Col favore delle spese ed onorari di causa.

C) In via istruttoria:

- dichiararsi inammissibili e conseguentemente respingersi le istanze istruttorie avversarie, ammettendo, in caso di ammissione della prova orale, la prova contraria chiesta dalla Banca

- dichiararsi l'illegittimità e la conseguente nullità della parte del quesito peritale finalizzata ad individuare la “conoscenza ... dello stato d'insolvenza da parte della banca convenuta e la decorrenza di tale conoscenza”, nonché dell'autorizzazione al CTU a “rilevare ogni altro elemento che ritenga utile per la decisione della causa, in relazione alla domanda attorea ed alle prospettazioni della convenuta, nonché con riferimento alle prove orali dedotte”, e “ad acquisire tutta la documentazione che riterrà necessaria per l'espletamento dell'incarico, nonché ad assumere

informazioni dalle parti e da terzi, anche enti pubblici”, revocandosi o modificandosi conseguentemente l’ordinanza 29-30.5.2007 resa da codesto Tribunale nel presente giudizio, in quanto anch’essa illegittima, nonché la successiva ordinanza con la quale è stata respinta l’istanza di della Banca di modifica del quesito in data 13.6.2007 ed ogni ulteriore provvedimento ad esse inerente

- dichiararsi illegittima e revocarsi l’ordinanza 1-3.8.2007 con la quale codesto Tribunale ha ordinato alla Banca convenuta di produrre in giudizio “copia di tutta la documentazione richiesta dal CTU e di cui alla sua comunicazione del 24.07.07, da comunicarsi in copia alle parti unitamente alla presente ordinanza”, disponendo “che le spese relative all’esecuzione dell’ordine ... siano anticipate provvisoriamente dalla parte convenuta, che vi ha dato luogo”, con declaratoria di illegittimità e revoca della successiva ordinanza 28.9-1.10.2007 con la quale è stata respinta l’istanza della Banca in data 21.9.2007 per la revoca del suddetto provvedimento, e di ogni altro provvedimento ad esse interente

- dichiararsi illegittima e revocarsi l’ordinanza 25.2.2008 resa da codesto Tribunale nel presente giudizio, per le ragioni indicate nell’istanza di revoca depositata dalla Banca convenuta e recante data 13.5.2008

IL CASO.it

- respingersi l’istanza 16-20.1.2009 di rimessione in termini della difesa della XXXXX in a.s., essendo la tardività dipesa da causa imputabile alla Procedura

- ordinarsi per l’effetto alla difesa della Procedura di asportare dal fascicolo i documenti con prodotti con tale istanza e dichiararne l’inammissibilità e l’inutilizzabilità ai fini del decidere

- dichiararsi la tardività e l’inammissibilità delle produzioni documentali tutte effettuate dalla difesa e dal consulente tecnico della XXXXX in a.s. dopo la scadenza dei termini di cui all’art. 184 c.p.c., dandosi atto che la KKKKK non presta il proprio assenso a tali produzioni

- dichiararsi l’illegittimità e conseguentemente revocarsi l’ordinanza 21.3.2009 resa da codesto Tribunale nella presente controversia.

Con rifiuto del contraddittorio su qualsiasi domanda nuova e/o ulteriore produzione documentale da parte attrice“.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La presente sentenza viene redatta secondo le nuove disposizioni degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., come riformati dalla legge 69/2009; viene pertanto omesso lo svolgimento processuale e la motivazione viene esposta in modo conciso, anche con riferimento a precedenti conformi.

Il fatto

IL CASO.it

2. Nonostante l'eliminazione dell'obbligo di riportare lo svolgimento processuale della lite, è opportuno darne brevi cenni, in quanto l'esito del giudizio dipende in gran parte dal comportamento processuale delle parti.

3. Con atto di citazione datato 28.12.2005, ritualmente notificato, la XXXXX in a.s. chiedeva la revoca delle rimesse solutorie confluite nel conto corrente n. 3720 acceso presso la KKKKK(filiale di Milano Centro), con conseguente condanna di quest'ultima alla restituzione dell'importo di € 2.365.870,67, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data di ciascun versamento revocabile.

4. Nel corpo dell'atto di citazione – previo riconoscimento di un affidamento per lire 200.000.000 - veniva riportato l'elenco di tutti i movimenti del conto (dall'anno anteriore alla dichiarazione di insolvenza, e cioè dal 21.06.2001), con la specifica indicazione di: data contabile, data valuta, causale dell'operazione, importo, saldo, fido, differenza, sconfinamento. Nell'ultima colonna, infine, veniva evidenziato l'importo revocabile, con un totale complessivo di € 2.365.870,67.

5. Si costituiva in causa la KKKKKK osservando:

- che spettava all'attrice provare che la KKKKKKera *effettivamente* al corrente dello stato di insolvenza della ██████████, fin dal 21.06.2001;
- che il curatore deve provare, oltre all'esistenza ed all'entità delle rimesse, che i versamenti siano confluiti su conto scoperto;

- che i conteggi dell'attrice “..sono errati, e li si contesta sotto ogni altro profilo¹”;

- che il prospetto contenuto nell'atto di citazione “non sembrerebbe conforme ai criteri giurisprudenziali di ricostruzione del cd saldo disponibile e di computo delle operazioni nella stessa giornata; vi si includono inoltre numerosi giroconti, che sono compensazioni irrevocabili, e non sono stati depennati né gli insoluti, né le numerose operazioni bilanciate.”;

- che la revocatoria fallimentare ha natura costitutiva, per cui spetterebbero all'attrice solo gli interessi legali dalla data della domanda, salvo prova specifica del maggior danno ex art. 1224 cod. civ.

IL CASO.it

6. La XXXXXin a.s. replicava sostenendo che in ordine alla conoscenza dello stato di insolvenza i plurimi elementi di fatto allegati erano sufficienti e, comunque, che non fosse corretto interpretare “atomisticamente” i vari sintomi elencati, dovendosi piuttosto considerare complessivamente i vari indici dell'insolvenza. Quanto alle contestazioni sulla ricostruzione delle operazioni confluite sul conto e del calcolo allegato all'atto di citazione, ne evidenziava l'assoluta genericità, che non consentiva una replica (Cfr. pag. 4 della memoria 30.10.2006).

7. Con successiva memoria del 28 marzo 2007, la Banca richiamava quanto già espresso nella comparsa di costituzione, in particolare con riferimento all'onere della prova gravante sull'attrice; nessuna specificazione delle contestazioni contenute nella comparsa di risposta veniva quivi effettuata.

8. Con memoria del 28.03.2007, la XXXXXin a.s. formulava alcuni capi di prova per testi in ordine:

- alla corrispondenza tra i dati contabili allegati all'atto di citazione e quelli contenuti negli estratti conto;

- alla conoscenza da parte della banca dello stato di insolvenza della XXXXXnel periodo oggetto di revocatoria.

Con la stessa memoria, la XXXXXchiedeva altresì ordinarsi:

¹ Cfr. comparsa di risposta, pag. 4.

- alla Banca d'Italia l'esibizione delle risultanze della centrale rischi;
- alla KKKKKK l'esibizione delle delibere di affidamento della Milano Stampa;
- l'esibizione dei rapporti operativi sulla situazione della Milano Stampa, nonché dei report degli incontri avuti con gli amministratori della Milano Stampa;
- alla KKKKKK (solo per il caso che la stessa contestasse la corrispondenza delle scritture contabili con i dati riportati nella ricostruzione contabile eseguita dal consulente della procedura, dr. Bruno, ed allegato sub doc. 4) l'esibizione degli estratti conto del periodo (21.06.2001 – 21.06.2002).

9. Con successiva memoria del 27 aprile 2007 (memoria istruttoria di replica ex art. 184 c.p.c.²), la Banca Nazionale del Lavoro, affermava di aver contestato sin dall'inizio le ricostruzioni della curatela, sia con riguardo all'esistenza delle operazioni impugnate, sia quanto alla correttezza dei criteri di ricostruzione del saldo disponibile. Inoltre, riportava tra virgolette³ un passo della comparsa di risposta, a suo dire tratto dalla pagina 4, che però non corrispondeva affatto al contenuto di quella pagina! La Banca, poi, osservava che la XXXXX in a.s. non aveva prodotto gli estratti conto, nonostante ne fosse al possesso, rilevando l'inammissibilità dell'ordine di esibizione. Infine, la Banca convenuta affermava di non essere sicura di poter rinvenire gli estratti conto, senza allegare giustificazione di sorta.

IL CASO.it

10. All'udienza del 22.05.2007, la difesa dell'attrice insisteva per la ctu contabile e per la richiesta di esibizione, facendo presente che la procedura aveva perso gli estratti conto del conto corrente intrattenuto presso la KKKKKK e che la Banca d'Italia non aveva risposto alle richieste di documentazione della centrale rischi. Rilevava, comunque, come la KKKKKK fosse obbligata a conservare gli estratti conto per dieci anni, che al momento non erano ancora decorsi (né lo sono oggi).

11. La Banca richiamava quanto osservato nelle memorie depositate, instando per la fissazione di udienza di precisazione delle conclusioni.

² La causa segue il rito anteriore a quello introdotto con la riforma del 2005/2006, in quanto la citazione è stata notificata anteriormente al 1° marzo del 2006.

³ Cfr. pag. 2 della memoria

12. Con ordinanza motivata depositata il 30.05.2007 (il cui contenuto si richiama integralmente), il giudice ammetteva la ctu contabile richiesta dall'attrice e rinviava per il giuramento del ctu dott. Barzelloni.

13. La KKKKKK depositava memoria **non autorizzata** del 14.06.2007, con cui chiedeva la revoca dell'ordinanza suddetta.

14. All'udienza di giuramento del 26.06.2007, il giudice, nel contraddittorio delle parti, respingeva l'istanza di revoca e procedeva con l'assegnazione dell'incarico peritale, assumendo il giuramento del ctu.

15. Con comunicazione depositata il 25.07.2007, il ctu faceva presente al giudice di aver richiesto alla KKKKKK la documentazione relativa al conto corrente 3720, ma di non aver nemmeno ricevuto risposta.

IL CASO.it

16. Con ordinanza del 1.08.2007 (depositata il 3.08.2007), il giudice monocratico del tribunale di Mondovì ordinava – con motivazione che si richiama – alla KKKKKK di esibire in giudizio copia della documentazione richiesta dal ctu, tra cui gli estratti conto e la restante documentazione relativa al conto corrente 3720, intrattenuto dalla XXXXXSpa.

17. Con successiva memoria **non autorizzata**, depositata il 25 settembre 2007, la KKKKKK chiedeva la revoca dell'ordinanza di cui al punto precedente ed affermava di aver risposto in data 30.07.2007 al ctu, affermando che “*..la movimentazione degli archivi ha reso irreperibile l'intera documentazione chiesta dal consulente.*”⁴

18. Con ordinanza del 28.09.2007 (dep. il 1.10.2007), la cui motivazione si richiama, il giudice respingeva ancora una volta l'istanza di revoca presentata dalla KKKKKK, rilevando che le difficoltà di ricerca non giustificavano il mancato adempimento all'ordine di esibizione, rimarcando che si trattava di documenti che la banca doveva conservare per legge per almeno dieci anni. La banca veniva avvisata che, persistendo la condotta processuale non collaborativa, il suo comportamento sarebbe stato valutato ai sensi dell'articolo 116 c.p.c.

⁴ Cfr. Pag. 3 della memoria.

19. Con successiva lettera del 29.10.2007, il ctu comunicava che la banca non aveva ottemperato all'ordine del giudice, assumendo *la nullità dell'ordine di esibizione* e dichiarando che *i documenti non erano reperibili negli archivi della banca*.

20. Il giudice sospendeva le operazioni peritali e disponeva la comparizione delle parti per l'udienza del 20.11.2007, udienza che veniva poi differita al 19.02.2008 a causa di un impegno istituzionale sopravvenuto di carattere internazionale del giudice istruttore⁵.

IL CASO.it

21. All'udienza del 19.02.2008, i difensori delle parti insistevano nelle proprie posizioni; il ctu dava atto di non poter rispondere ai quesiti e quindi di non poter espletare la ctu demandata, senza i documenti di cui era stata ordinata l'esibizione alla banca. Il giudice assumeva la causa a riserva.

22. La riserva veniva sciolta pochi giorni dopo con ordinanza che si riporta integralmente:



TRIBUNALE ORDINARIO DI MONDOVI'

Il Giudice Istruttore

Sciogliendo la riserva assunta all'udienza in data 19.02.2008 nella causa iscritta al n. 57/2006 RG,

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

- *Viste le istanze delle parti, ascoltate all'udienza del 19 febbraio;*
- *Sentite le considerazioni del ctu;*
- *Rilevato che la banca per legge deve conservare copia degli estratti conto per dieci anni;*
- *Rilevato che in comparsa di costituzione non si era contestata la conformità dell'allegato dell'atto di citazione agli estratti conto originali;*

⁵ Cfr. decreto del g.i. del 2.11.2007

- Rilevato che solo in un secondo momento la banca ha contestato la riproduzione dei dati contenuti nel predetto allegato, asserendo altresì di aver smarrito gli estratti conto in occasione di un trasloco (di cui non chiarisce tempo, cause e modalità);
- Ritenuto che la condotta processuale della banca non sia improntata a buona fede e che la mancata ottemperanza ad un ordine di esibizione, relativo a documenti che la banca per legge dovrebbe oggi avere, comporti una valutazione da parte del giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c.⁶;
- Ritenuto che la banca non possa sottrarsi ad un ordine del giudice con una giustificazione generica e non provata, senza incorrere in alcuna conseguenza sotto il profilo processuale;
- Ritenuto opportuno invitare la banca a nuove ricerche, onde evitare di dover considerare come accertati integralmente i fatti dedotti dall'attore;
- Ritenuto prematuro, allo stato, decidere sulla produzione di parte attrice, la quale, peraltro, a detta del ctu non sarebbe risolutiva

IL CASO.it

P.Q.M.

Autorizza il ctu a sospendere provvisoriamente le operazioni peritali;

ordina alla KKKKK di produrre in giudizio, presso la Cancelleria Civile del Tribunale di Mondovì, entro il termine – per consentire nuove indagini - del 15.05.2008, copia degli estratti conto relativi al rapporto di conto corrente n. 3720 intrattenuto con la società attrice. Dispone che le spese relative all'esecuzione dell'ordine di esecuzione siano anticipate provvisoriamente dalla stessa parte convenuta.

Dispone che copia della presente ordinanza sia trasmessa per conoscenza alla Banca d'Italia, via XX Settembre 97/e, ROMA (c.a. dott.ssa Laura Catena), per gli eventuali controlli e provvedimenti di competenza (la Banca d'Italia è pregata di riferire in merito alle iniziative adottate).

Fissa udienza di comparizione personale delle parti per esperire il tentativo di conciliazione al 3.06.2008 h. 10.00.

Si comunichi.

Mondovì, li 25.02.2008

IL GIUDICE ISTRUTTORE”.

⁶ Si veda Tribunale Napoli, 24 ottobre 2002, secondo cui: “La mancata ottemperanza della parte all'ordine di esibizione impartito dal giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. costituisce comportamento valutabile ex art. 116 c.p.c. quale implicita ammissione dei fatti da provare attraverso il documento non esibito”.

22. Con **ulteriore memoria non autorizzata** depositata il 14 maggio del 2008, la KKKKKK esponeva argomentazioni giuridiche relative all'onere di contestazione e apoditticamente pronosticava, nonostante l'asserito impegno nella ricerca, un esito negativo della stessa. Il giudice si riservava di provvedere nel contraddittorio delle parti, all'udienza già fissata.

23. All'udienza del 3.06.2008, fissata per l'esperimento del tentativo di conciliazione, il giudice prendeva atto della mancata ottemperanza all'ordine di esibizione e della conseguente impossibilità per il dott. Barzelloni di espletare la ctu; con ordinanza riservata del 8.07.2008, fissava pertanto udienza di precisazione delle conclusioni.

IL CASO.it

24. Con istanza di rimessione in termini ex art. 184 bis. c.p.c., depositata il 20.01.2009, la XXXXX in a.s. dava atto che, a richiesta della procedura (ricevuta il 24.11.2008), la filiale di Milano Centro della KKKKK aveva inviato gli estratti conto, senza peraltro esibirli in giudizio, né segnalare al giudice il loro rinvenimento.

25. All'udienza del 17.03.2009, le parti insistevano nelle rispettive istanze; con ordinanza riservata del 20.03.2009, il giudice, con motivazione che si richiama e che sarà ripresa ed approfondita nella presente sentenza, fissava per la precisazione delle conclusioni nuova udienza al 20.10.2009. Alla predetta udienza le parti concludevano come da fogli a parte e il giudice tratteneva la causa in decisione. L'8 gennaio 2010 sono scaduti i termini di deposito delle memorie di replica.

Considerazioni generali in diritto

26. Prima di entrare nel merito della vicenda, è bene rimarcare l'importanza nel nostro ordinamento dell'**obbligo di lealtà e probità**, sancito dall'articolo 88 del codice di rito⁷; questo obbligo ha molteplici implicazioni, tra cui il dovere per entrambe le parti di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere la materia **realmente** controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, **ostruzionistici** o solo negligenti⁸. Nel dovere collaborativo che la legge impone

⁷ Art. 88, co.I, c.p.c.: "Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità".

⁸ Cfr. Cassazione civile, sez. I, 15 novembre 2007, n. 23638.

alle parti, deve ritenersi che rientri anche, e soprattutto, la produzione di documentazione a seguito di ordine emanato dal giudice. La mancata ottemperanza all'ordine del giudice, giustificata con l'impossibilità di rinvenimento della documentazione, costituisce certamente grave violazione dell'obbligo di cui all'art. 88 c.p.c., quando vi sia la prova che la documentazione era nella disponibilità della parte ed era facilmente reperibile (e, dunque, che la giustificazione era palesemente pretestuosa). Anche il ripetuto deposito fuori udienza di memorie non autorizzate può configurare un comportamento scorretto della parte, in quanto non solo viola le disposizioni del codice, ma soprattutto sottrae la discussione al principio del contraddittorio e rischia di pregiudicare le difese della controparte, oltre a rallentare indebitamente lo svolgimento del processo (in violazione dell'art. 111 Cost.).

IL CASO.it

27. La mancata ottemperanza ad un ordine di esibizione dato dal giudice, per sua ritenuta nullità, non esclude la violazione dell'obbligo di cui all'articolo 88 c.p.c., giacché la correttezza dell'operato del giudice è soggetta agli ordinari mezzi di controllo previsti dalla legge, mentre non è consentito alle parti sottrarsi ad un ordine legittimamente impartito dal giudice, sostenendone la sua erroneità in diritto.

28. Il comportamento processuale della parte deve anche essere valutato con riferimento alla individuazione del *thema probandum*, e cioè delle circostanze allegare dalla controparte che necessitano di prova; se la contestazione pretestuosa può rilevare per la valutazione della condotta processuale, la contestazione generica, invece, deve ritenersi rilevante sotto il profilo probatorio, nel senso di negarne rilevanza (i fatti allegati, in mancanza di contestazione specifica, devono ritenersi come ammessi e, comunque, non più bisognevoli di prova). Sul punto, non si ignora la posizione "conservativa" recentemente assunta da un orientamento della Cassazione⁹ (che peraltro contraddice un precedente di appena due mesi della

⁹ "Affinché un fatto allegato da una parte possa considerarsi pacifico si da essere posto a base della decisione, ancorché non provato, non è sufficiente la mancata contestazione, non sussistendo nel nostro ordinamento processuale un principio che vincoli alla contestazione specifica di ogni situazione di fatto dichiarata dalla controparte, occorrendo invece che esso sia esplicitamente ammesso dalla controparte, ovvero che questa pur non contestandolo in modo

stessa sezione¹⁰), ma – pur auspicando un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite¹¹ sul punto - si ritiene più consona all'attuale assetto processuale la tesi "evolutiva", oggi maggioritaria, che trova il proprio fondamento proprio nel dovere di leale collaborazione delle parti all'interno del processo, oltre che nell'art. 167, comma 1, c.p.c., come introdotto dalla legge n. 353 del 1990¹². L'uso della contestazione generica - di cui spesso si è abusato, privilegiando strategie ostruzionistiche, piuttosto che collaborative (come impone l'art. 88 c.p.c.) - la quale non serve a delimitare l'attività processuale, bensì solo ad utilizzare strumentalmente il principio di allegazione e prova, che informa il diritto processuale civile, è stato recentemente stigmatizzato anche dal legislatore, il quale con l'ultimo intervento sul codice di rito (legge 69/2009) ha modificato l'articolo 115, obbligando il giudice ad utilizzare per la decisione non solo i fatti provati, ma anche quelli non contestati in modo **specifico**. La norma non è applicabile al procedimento in questione, ma deve ritenersi che la stessa non affermi un nuovo principio, quanto piuttosto chiarisca la portata dei principi già contenuti nel codice processuale civile. Fu la stessa sezione terza¹³, nel 2004, ad affermare che "*La mancata specifica contestazione di un fatto costitutivo del diritto dedotto da uno dei contendenti lo rende incontrovertibile e non più bisognoso di prova, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua della regola di condotta processuale di cui all'art. 167, comma 1, c.p.c., che impone al convenuto di prendere posizione in comparsa di risposta sui fatti*

specifico, abbia impostato il proprio sistema difensivo su circostanze o argomentazioni logicamente incompatibili con il suo disconoscimento" (Cassazione civile, sez. III, 27 maggio 2009, n. 12274).

¹⁰ Cfr. Cassazione civile, sez. III, 05 marzo 2009, n. 5356: "*In passato questa Corte Suprema aveva affermato che "Non sussistendo nel vigente ordinamento processuale un onere per la parte di contestazione specifica di ogni fatto dedotto "ex adverso", non può ritenersi provato un fatto solo per la mancata contestazione ad opera della controparte"* (Cass. Sentenza n. 4604 del 07/05/1999, v. anche nello stesso senso Cass. Sentenza n. 11277 del 18/07/2003). Successivamente però la giurisprudenza è giustamente mutata. Va quindi confermato il seguente principio di diritto: "*L'art. 167 c.p.c., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte, considera la non contestazione 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, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti.*" (Cass. Sentenza n. 10031 del 25/05/2004; cfr. anche Cass. Sentenza n. 13079 del 21/05/2008; e Cass. Sentenza n. 5191 del 27/02/2008)".

¹¹ Le quali, peraltro, paiono orientate verso l'irrelevanza, in generale, di contestazioni specifiche (si veda, ad esempio, quanto afferma in motivazione Cassazione civile, sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26009). Già Cassazione civile, sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, peraltro, parlava di "specifico contestazione".

¹² Ritiene sussistente un onere di specifica contestazione Cassazione civile, sez. II, 20 novembre 2008, n. 27596;

¹³ Cassazione civile, sez. III, 06 febbraio 2004, n. 2299

posti dall'attore a fondamento della domanda, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti..”; più di recente la Cassazione ha ribadito che *“Nell'evoluzione giurisprudenziale, l'onere di contestazione - con il correlativo corollario del dovere, per il giudice, di ritenere non abbisognevole di prova quanto non espressamente contestato - è divenuto principio generale che informa il sistema processuale civile, poggiando le proprie basi non più soltanto sul tenore degli art. 167 e 416 c.p.c., bensì anche sul carattere dispositivo del processo - comportante una struttura dialettica a catena - sulla generale organizzazione per preclusioni successive - che, in misura maggiore o minore caratterizza ogni sistema processuale - sul dovere di lealtà e probità, posto dall'art. 88 c.p.c. - che impone a entrambe di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o solo negligenti - e, infine, soprattutto sul generale principio di economia che deve sempre informare il processo, vieppiù alla luce del novellato art. 111 cost.¹⁴”.*

IL CASO.it

29. Se, come dice la Cassazione, l'onere di contestazione serve a circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o negligenti, al fine di rispettare il principio di economia processuale, è evidente che la contestazione debba essere specifica¹⁵, dettagliata ed anche motivata, giacché il conferire rilevanza ad una contestazione generica (*“si contesta tutto quanto ex adverso allegato..”*), significa consentire una facile elusione del principio di non contestazione, privandolo di ogni rilevanza nel nostro ordinamento. Al contrario, deve rilevarsi che l'ordinamento non può limitarsi ad esigere una contestazione specifica, ma deve anche apprestare gli strumenti per sanzionare le contestazioni pur formalmente corrette (dunque specifiche e dettagliate), ma pretestuose. Tale strumento, contenuto nella norma di cui all'articolo 96, è stato recentemente potenziato, con l'introduzione, ad opera della legge 69/2009, di un terzo comma, il quale consente al giudice ampia libertà di

¹⁴ Cfr. Cassazione civile, sez. I, 15 novembre 2007, n. 23638

¹⁵ Il motivo di tale scelta deve ravvisarsi non tanto nel rilievo della volontà (pur tacita) della parte (a tal fine, infatti, sarebbe sufficiente una contestazione generica), ma prima di tutto nella necessità che la contestazione non sia solo un modo di intralciare l'attività processuale, bensì risponda ad una esigenza della difesa e sia pertanto il frutto di una corretta esplicazione di tale diritto. Lo stesso legislatore ha già affermato la necessità di contestazione specifica nel rito societario (ora abrogato), al comma 2-bis dell'articolo 10: *“La notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti ed in precedenza non specificamente contestati”.*

manovra nel sanzionare le condotte processuali scorrette (senza essere vincolato alla richiesta di parte ed alla prova del danno subito dalla controparte).

La contestazione delle ricostruzioni contabili e dei conteggi

30. Nella comparsa di costituzione e negli atti successivi la KKKKKK si limita a dire che i conteggi sono errati e che li si contesta sotto ogni profilo (tranne che nella parte in cui affermano l'esistenza di un fido di 200 milioni di lire); non vi è, invece, una contestazione, nemmeno generica, dei dati numerici indicati nella ricostruzione contabile dell'atto di citazione. E' evidente, infatti, che una cosa sono i numeri delle movimentazioni (data, entità, valuta, ...), altra cosa sono i conteggi delle rimesse revocabili, cioè le conseguenze giuridiche che l'attrice attribuiva alle operazioni sul conto corrente.

IL CASO.it

31. Non è, dunque, vero quanto affermato a pagina 3 della memoria del 27.04.2007 (ove viene riportata tra virgolette una frase non presente in comparsa di risposta; cfr. alinea n. 9 della presente motivazione) in ordine alla contestazione dei dati contabili, né d'altronde sarebbe tempestiva una contestazione contenuta nella memoria istruttoria di replica ex art. 184, vecchio testo, c.p.c.

Si deve ritenere, peraltro, che la contestazione dei dati contabili, per essere rilevante sotto il profilo probatorio, debba essere analitica e specifica; la Cassazione lo ha affermato in materia di estratto conto (in un caso di contestazione da parte del correntista), ma il principio è lo stesso: la contestazione deve essere specifica, non potendo riferirsi genericamente all'insieme delle movimentazioni, senza indicazione dei motivi specifici e delle poste contestate¹⁶

32. Quanto alla contestazione dei conteggi, cioè dell'individuazione delle rimesse revocabili, anche questa non sembra così chiara; nella comparsa di costituzione la KKKKKK contesta i conteggi sotto tutti i profili (il che integra evidentemente una contestazione generica) e poi precisa che "...il prospetto della citazione **non sembrerebbe conforme**¹⁷ ai criteri giurisprudenziali di ricostruzione del c.d. saldo disponibile e di computo delle operazioni nella stessa

¹⁶ Si veda Cassazione civile, sez. I, 18 settembre 2008, n. 23807

¹⁷ Il grassetto, come in altre parti del testo, è opera del redattore della sentenza.

giornata; vi si includono inoltre numerosi giroconti, che sono compensazioni irrevocabili, e non sono stati depennati né gli insoluti, né le numerose operazioni bilanciate”.

33. Ora, il prospettare dubitativamente la non conformità della valutazione attorea è cosa assai diversa dal farne una contestazione specifica, la quale comporta la prospettazione di una ricostruzione alternativa e la evidenziazione delle concrete censure mosse al documento avversario. Nella parte successiva della memoria si ha un esempio di contestazione più dettagliata, ove si contesta la revocabilità dei giroconti e il conteggio di insoluti e operazioni bilanciate. Anche qui, peraltro, si omette di indicare quali siano i giroconti, gli insoluti e le operazioni bilanciate da depennare. Tantomeno si produce una relazione alternativa che evidenzi le rimesse revocabili (o che giustifichi l'assenza di rimesse revocabili).

IL CASO.it

34. Va detto, peraltro, che le contestazioni su giroconti, insoluti e operazioni bilanciate non rilevano ai fini probatori, giacché non attengono ad elementi di fatto, quanto a valutazioni che sono di spettanza del giudice. Pertanto, sembra che le uniche contestazioni correttamente effettuate dalla convenuta siano relative, in realtà, ad elementi valutativi, che nessuna influenza hanno sulla prova. Qui il difetto non è probatorio, quanto piuttosto argomentativo (a sfavore della KKKKK), perché si afferma la irrevocabilità di certe operazioni, ma non se ne fornisce alcuna motivazione.

Il comportamento processuale della Banca convenuta

35. Queste considerazioni preliminari in diritto devono essere tenute in considerazione, da parte del giudicante, unitamente agli altri principi che presiedono alla formazione della prova; in particolare, per quanto riguarda la presente lite, alla norma che consente al giudice di trarre argomenti di prova dal contegno processuale delle parti (art. 116 c.p.c.).

36. Si è già evidenziato, nella narrativa processuale, il comportamento della Banca, che ha più volte affermato di non essere in grado di reperire i documenti di cui il giudice aveva ordinato l'esibizione (in particolare gli estratti conto), salvo poi

dimostrare tutto il contrario, inviandoli prontamente alla parte che ne aveva fatto richiesta. Sembra evidente che quanto successo sia il frutto di un mancato coordinamento dei vari uffici della KKKKKK; mentre gli uffici centrali allegavano un'improbabile impossibilità – genericamente affermata - di reperire il materiale di cui era stata ordinata l'esibizione (documentazione che per legge la banca avrebbe dovuto avere in archivio ancora per parecchi anni), la filiale ove era stato intrattenuto il rapporto (evidentemente nemmeno interpellata dalla sede centrale) rinveniva prontamente ed inviava alla XXXXX in a.s. quanto richiesto.

37. E' evidente, a questo punto, la violazione da parte della Banca dell'obbligo di cui all'art. 88 c.p.c., che la Cassazione, come si è detto in precedenza (alinea 28), ritiene sussistente in caso di atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o solo negligenti. Qui la KKKKKK è stata quantomeno negligente, per non avere nemmeno richiesto alla propria filiale se aveva copia degli estratti conto, anche se l'impressione è che volutamente abbia finto di non trovare la documentazione richiesta; fin dall'inizio, infatti, prospettò questa difficoltà di reperire i documenti, senza ancorarla ad un motivo specifico e dettagliato (nella memoria di replica ex art. 184 c.p.c. si limitò a dire che la difficoltà stava nell'accentramento degli archivi, senza spiegare perché tale accentramento, che evidentemente rispondeva ad esigenze di semplificazione e riduzione dei costi, avrebbe dovuto rendere più difficile, ed anzi impossibile, la ricerca di documenti piuttosto recenti¹⁸). **IL CASO.it**

38. Peraltro, sussistono fondati dubbi anche sulle conseguenze dell'eventuale mancato reperimento della documentazione, ove tale fatto fosse stato corrispondente al vero; secondo la Banca, in tal caso, le conseguenze negative derivanti dalla mancata disponibilità della documentazione sarebbero ricadute sulla XXXXX in a.s., ma non si può non considerare che la Banca è obbligata a conservare tale documentazione per legge e, quindi, la violazione di quest'obbligo di conservazione dovrebbe piuttosto comportare conseguenze negative per la

¹⁸ Peraltro, la giurisprudenza (cfr. Corte appello Torino, 28 febbraio 2003) sembra orientata a ritenere, condivisibilmente, che nel caso in cui il fatto storico dell'avvenuta distruzione o perdita dei documenti da esibire sia controverso in giudizio, l'onere probatorio incomba sull'imprenditore tenuto all'esibizione che alleggi l'avvenuta distruzione (o perdita) dei propri registri (o documenti).

Banca stessa. La mancata esibizione degli estratti conto da parte della Banca poteva, dunque, comportare un'inversione dell'onere probatorio, nel senso di non consentire alla banca una contestazione specifica e dettagliata della ricostruzione contabile operata dalla XXXXX in a.s.

39. Il comportamento della banca, tuttavia, rileva, come si è detto, ex artt. 88 e 116 c.p.c. Un caso analogo a quello per cui è causa è stato recentemente esaminato dalla Cassazione; in quel caso nel corso di un giudizio civile veniva formulata istanza di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c., ma la parte nei cui confronti era stata formulata aveva successivamente distrutto la documentazione; il giudice di legittimità aveva ritenuto che la mancata conservazione fosse suscettibile di essere valutata come argomento di prova ex art. 116 c.p.c., ai fini della valutazione equitativa del quantum¹⁹. Nel caso in esame a questo tribunale, la situazione è decisamente più grave; non vi è una distruzione di documentazione prima della decisione sul punto del giudice (che avrebbe anche potuto essere negativa), ma una deliberata inottemperanza all'ordine di esibizione, pretestuosamente giustificata con riferimento ad una impossibilità di reperimento della stessa (impossibilità smentita dai fatti successivi). **IL CASO.it**

40. Una parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto che il rifiuto opposto dalla parte all'ordine di esibizione di documenti in suo possesso, impartito dal giudice, costituisca comportamento dal quale non solo è consentito trarre argomenti di prova (ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c.), ma anche che il comportamento processuale delle parti possa valere come unica e sufficiente fonte di convincimento per il giudice²⁰. Tale orientamento sembra forzare il disposto dell'art. 116, laddove consente al giudice di attribuire al comportamento della parte argomento di prova, cioè un valore probatorio non pieno, ma ridotto;

¹⁹ Cassazione civile, sez. lav., 03 ottobre 2008, n. 24590

²⁰ Giudice di pace Palermo, 11 marzo 2005; si veda anche Tribunale Napoli, 24 ottobre 2002: "La mancata ottemperanza della parte all'ordine di esibizione impartito dal giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. costituisce comportamento valutabile ex art. 116 c.p.c. quale *implicita ammissione dei fatti da provare attraverso il documento non esibito*".

l'argomento di prova, cioè, può essere valutato unitamente ad altre prove, ad esempio per completare una prova insufficiente o contraddittoria o incompleta.

Ciononostante, ritiene il tribunale di Mondovì che in virtù dell'interpretazione congiunta degli articoli 88 e 116 c.p.c. sia possibile, nei casi di comportamento processuale gravemente scorretto, sanzionare la parte con il riconoscere alla sua condotta un valore quasi confessorio, di riconoscimento implicito della fondatezza delle domande avversarie. Solo la consapevolezza della propria virtuale soccombenza, infatti, può condurre la parte alla violazione ripetuta e grave di quei doveri di correttezza e leale collaborazione che la legge impone. Nel caso di specie, si è detto, la KKKKKK ha ripetutamente omesso l'esibizione dei documenti richiesti dal giudice, ha ripetutamente dichiarato, contrariamente al vero, di non essere in grado di reperire la documentazione richiesta, ha ripetutamente depositato fuori udienza memorie non autorizzate, contenenti anche valutazioni in diritto, ha riportato tra virgolette frasi asseritamente contenute nella comparsa di costituzione, che invece non esistevano (o erano diverse; cfr. alinea n...9). **IL CASO.it**

Per tali motivi, data la gravità del comportamento processuale della KKKKKK, il giudice ritiene che la domanda debba essere accolta integralmente, in applicazione della giurisprudenza e delle norme del codice sopra richiamate.

41. Si deve rilevare, comunque, che la Corte di Cassazione sembra ritenere che per l'eventuale valutabilità del rifiuto di esibizione di documenti come ammissione del fatto sia necessario che vi siano elementi di prova concorrenti²¹; anche a voler accedere a questa interpretazione, più aderente alla formulazione letterale dell'art. 116, la soluzione finale non cambierebbe. Per tale motivo, in apertura di motivazione, si è inteso fare alcune considerazioni sulla non contestazione degli estratti conto e dei conteggi degli importi revocabili. La documentazione prodotta dall'attrice, sia in punto conoscibilità dello stato di insolvenza, sia nella ricostruzione dell'operatività del conto, con individuazione delle rimesse revocabili, se non sufficiente, da sola, per l'accoglimento della

²¹ Cassazione civile, sez. lav., 27 agosto 2004, n. 17076; v. anche Cassazione civile, sez. I, 13 agosto 2004, n. 15768; Cassazione civile, sez. III, 11 agosto 2004, n. 15554; Cassazione civile, sez. lav., 10 luglio 1998, n. 6769;

domanda attorea, può invece assumere carattere determinante nel momento in cui ad essa si associano gli argomenti di prova desunti dal giudice dal comportamento processuale della convenuta.

42. D'altronde, se la Banca avesse ottemperato all'ordine di esibizione sarebbe stato possibile, attraverso la consulenza tecnica, individuare correttamente il numero e l'entità delle poste revocabili; la violazione dei doveri di correttezza e lealtà da parte della banca, quindi, non può riverberarsi a danno della controparte, ma deve essere di pregiudizio della parte che non ha permesso una corretta istruttoria.

IL CASO.it

43. In comparsa conclusionale, la KKKKK S.p.a. ha svolto una lunga argomentazione per sostenere che la Amministrazione Straordinaria XXXXX s.p.a. non ha ottemperato all'onere di allegazione del programma di liquidazione di cui all'articolo 49 del d.lgs. 270/99, il quale recita: *“Azioni revocatorie. 1. Le azioni per la dichiarazione di inefficacia e la revoca degli atti pregiudizievoli ai creditori previste dalle disposizioni della sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare possono essere proposte dal commissario straordinario soltanto se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali, salvo il caso di conversione della procedura in fallimento.”* Per espressa affermazione della Banca (pag. 4 della comparsa conclusionale) si tratta di una questione “.. che non è stata discussa prima d'ora”, il che è sintomatico, ancora una volta, della scarsa correttezza processuale della banca, la quale nulla ha eccepito nella comparsa di costituzione, limitandosi ad affermare in modo tutt'altro che chiaro, nella prima memoria istruttoria (pag. 1) *“A parte ogni questione inerente alla legittimazione del attivo del Commissario straordinario alle azioni revocatorie fallimentari...”*; ora, a causa “chiusa”, senza aver mai prima d'ora formalmente e chiaramente contestato l'assenza dei presupposti di cui all'art. 49 d.lgs. 270/99, tira fuori dal cappello una questione mai trattata in precedenza, così pensando di mettere in difficoltà la difesa avversaria. Si tratta di un comportamento evidentemente lesivo del diritto di difesa e del contraddittorio, tanto che la nuova legge 69/2009, ad evitare che una questione di tal fatta, rilevabile d'ufficio, possa essere decisa senza previa instaurazione del

contraddittorio, ha modificato l'articolo 155 c.p.c., imponendo la concessione alle parti di termini appositi, finanche quando la causa sia già assunta in decisione.

44. La questione, peraltro, è destituita di fondamento; l'Amministrazione Straordinaria XXXXX s.p.a. ha tempestivamente prodotto in giudizio, con la prima memoria istruttoria, il doc. 11, cioè la copia del decreto ministeriale che autorizza l'esecuzione del programma di liquidazione della XXXXX Spa in amministrazione straordinaria e che, all'ultimo capoverso della prima pagina espressamente menziona la finalità del programma alla "cessione del complesso aziendale". Risulta dunque *autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali*, come richiesto dal citato art. 49. **IL CASO.it**

45. In definitiva, dunque, il giudice ritiene di accogliere, per i motivi esposti, la domanda della Amministrazione Straordinaria XXXXX s.p.a., dichiarando inefficaci ex art. 67 c. 2 L. Fall. i versamenti indicati sub 4) dell'atto di citazione, eseguiti dalla XXXXX s.p.a. sul conto corrente n. 3720 acceso presso la Filiale di Milano Centro della KKKKK s.p.a. nell'anno anteriore alla dichiarazione dello stato di insolvenza; conseguentemente condanna la KKKKK S.p.a. al pagamento, in favore della Amministrazione Straordinaria XXXXX s.p.a. della somma di € 2.365.870,67.

Interessi e rivalutazione monetaria

46. Contrariamente a quanto affermato dalla difesa della Banca, "L'obbligazione restitutoria conseguente all'accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare ha la natura di **debito di valore** anche quando suo oggetto sia il pagamento di una somma di denaro, in considerazione della funzione indennitaria dell'azione, tendente ad elidere le conseguenze di atti posti in essere in pregiudizio delle ragioni dei creditori, e della qualificabilità dell'obbligazione restitutoria come obbligazione nascente da fatto illecito, il cui elemento oggettivo è la sottrazione di beni della massa e quello soggettivo la consapevolezza di violare le regole della "par condicio creditorum". Ne consegue l'assoggettamento del debito restitutorio alla rivalutazione monetaria, al fine di assicurare la corrispondenza tra valore sottratto e valore

restituito, mentre la computabilità degli interessi legali sulla somma rivalutata deriva dalla necessità di compensare specificamente il danno da ritardo²².

47. Il debito del revocato è un debito di valore e deve perciò essere rivalutato dal giorno del fatto oggetto di revoca (con gli interessi maturati sulla somma annualmente rivalutata), fino al passaggio in giudicato della sentenza; dopo tale momento il debito di valore, a seguito di liquidazione giudiziale, si trasforma in debito di valuta, su cui maturano gli interessi legali fino al saldo effettivo²³.

48. Trattandosi di debito derivante da fatto illecito²⁴, la mora è automatica (art. 1219), per cui anche gli interessi devono decorrere dalla data delle singole rimesse revocabili.

SPESE DI LITE

IL CASO.it

48. Le spese di lite, attesa la totale soccombenza, devono essere poste a carico della convenuta, come per legge. Analoga sorte per le spese del consulente tecnico nominato dal giudice, che devono essere poste definitivamente a carico della parte convenuta; considerato che la ctu non è stata espletata, ma che il ctu ha dovuto partecipare ad alcune udienze, inviare le richieste alla KKKKK, studiare la causa e la documentazione agli atti, rivolgere istanze al giudice, tenuto conto del valore degli accertamenti a lui demandati, liquida al ctu la somma complessiva di € 1.000,00, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE

in persona del Giudice designato

definitivamente pronunciando,

contrariis reiectis,

condanna

²² Cassazione civile, sez. I, 04 aprile 1997, n. 2936; conf. Cassazione civile, sez. I, 10 novembre 1992, n. 12091, la quale fa decorrere gli interessi legali dalla domanda. Più di recente, si vedano Tribunale Padova, sez. I, 29 aprile 2005; Tribunale Padova, sez. I, 10 aprile 2003; Tribunale Agrigento, 28 novembre 2001.

²³ Cfr., tra le più recenti, Tribunale Vicenza, 08 luglio 2008, n. 1186

²⁴ V. Cassazione civile, sez. I, 04 aprile 1997, n. 2936, che qualifica l'obbligazione restitutoria come obbligazione nascente da fatto illecito.

la convenuta **KKKKK S.p.a.** a restituire, per le causali di cui in motivazione, in favore di **Amministrazione Straordinaria XXXXX s.p.a.**, la somma complessiva di € 2.365.870,67, oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali (maturati sulla somma annualmente rivalutata) dall'effettuazione delle singole rimesse revocabili fino al passaggio in giudicato della presente sentenza, oltre agli interessi legali dalla sentenza al saldo.

condanna

la convenuta **KKKKK S.p.a.** a ristorare le spese di lite sostenute dall'attrice **Amministrazione Straordinaria XXXXX s.p.a.** nel presente giudizio, spese che liquida in complessivi euro 29.325,00, di cui euro 1.200,00 per esposti, euro 5.000,00 per diritti di procuratore, euro 20.000,00 per onorari di avvocato, euro 3.125,00 per spese generali, oltre IVA e CPA sull'imponibile. **IL CASO.it**

pone

a carico della convenuta **KKKKK S.p.a.** le spese della consulenza tecnica disposta in corso di causa, che liquida in € 1.000,00, oltre accessori di legge, a favore del dr. Angelo Barzelloni.

Mondovì, 25.01.2010

IL GIUDICE

dr. Paolo G. Demarchi

IL CANCELLIERE

Minuta depositata il 28.01.2010

Sentenza depositata in cancelleria per la pubblicazione il 22.03.2010