



REPUBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

3085.18

e-I

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Dott. Antonio Didone
Dott. Massimo Ferro
Dott. Francesco Terrusi
Dott. Aldo Angelo Dolmetta
Dott. Eduardo Campese

Presidente
Consigliere
Consigliere
Consigliere
Consigliere - Rel.

Oggetto

AZIONE EX ART. 67,
COMMA 2, L.FALL.

Ud. 24/10/2017 CC
Cron. 3085
R.G.N. 14712/2012

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso n.r.g. 14712/2012 proposto da:

(omissis) s.p.a. (in qualità di successore di (omissis) s.p.a.), p. iva
(omissis), con sede in (omissis), in persona
del suo procuratore speciale, dott. (omissis), rappresentata e
difesa, giusta procura speciale apposta a margine del ricorso, dagli
Avvocati (omissis) e (omissis), ed elettivamente domiciliata
presso lo studio di quest'ultimo in (omissis)

- ricorrente -

contro

(omissis)
(omissis)
tempore, ing. (omissis)
procura speciale apposta in calce al ricorso notificato, dagli Avvocati

CRD

1131

2017

flaw

(omissis) e (omissis), ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in (omissis)

- controricorrente -

avverso la sentenza della CORTE DI APPELLO DI BRESCIA depositata il 20/04/2011;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 24/10/2017 dal Consigliere dott. Eduardo Campese;

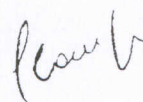
lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale, dott.ssa Luisa De Renzis, che ha chiesto respingersi il ricorso con le conseguenze di legge;

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1. La (omissis) s.p.a. (quale successore della (omissis) s.p.a., assuntore del concordato fallimentare della (omissis) s.p.a. in liquidazione) propone ricorso per Cassazione, affidato a tre motivi, contro la sentenza della Corte di appello di Brescia del 13-20 aprile 2011, n. 438/11, non notificata, che, in accoglimento del gravame interposto da (omissis) s.r.l., nei confronti della Curatela del Fallimento della (omissis) s.p.a. in liquidazione, avverso la sentenza del Tribunale di Mantova del 5 agosto/23 settembre 2005, n. 1166/2005, ed in riforma della stessa, ha respinto la domanda formulata, ex art. 67, comma 2, l.fall., dalla suddetta Curatela nei confronti della (omissis) s.r.l., e, preso atto della già avvenuta esecuzione della decisione appellata e dell'intervento in causa della (omissis) s.p.a., quale cessionaria delle azioni revocatorie proposte dal Fallimento (omissis) s.p.a., del cui concordato fallimentare era assuntore, ha condannato la medesima (omissis) s.p.a. alla restituzione, in favore dell'appellante, della somma di € 119.298,95, oltre interessi, ed al pagamento delle spese del doppio grado. Per quanto qui ancora di interesse, la corte bresciana, evidenziato che i pagamenti oggetto dell'azione suddetta riguardavano fatture emesse dalla (omissis) s.r.l. per servizi svolti nella sua qualità di concessionario, esclusivo e monopolista, dell'attività di rimorchio portuale nel porto di (omissis), ha ritenuto fondato il primo motivo

flaw l

di gravame (ritenendone assorbiti gli altri), con cui l'appellante aveva riproposto la tesi, disattesa dal primo giudice alla stregua dei principi resi da Cass., S.U., n. 1232 del 2004, della inapplicabilità dell'art. 67, comma 2, l.fall. alla fattispecie in esame, in considerazione, appunto, della sua qualità di monopolista, obbligato a contrattare ex art. 2597 cod. civ., e della natura dei servizi prestati. In particolare, individuata la concreta disciplina utilizzabile nella vicenda *de qua* (artt. 101-107 cod. navig.; atti di concessione e regolamenti dell'Autorità Marittima; regolamento per il servizio di rimorchio delle navi nel porto di (omissis); ordinanza n. 58/84 della Capitaneria di Porto), quella corte ha ritenuto: i) che l'Autorità Marittima aveva facoltà di rendere il servizio di rimorchio "obbligatorio" in determinate condizioni; ii) che l'obbligatorietà era prevista in via generale dall'ordinanza n. 58/84 della Capitaneria di Porto per le manovre di navi eccedenti determinati tonnellaggi; iii) che, in tali ipotesi, l'intervento del rimorchiatore era comunque "dovuto", e doveva essere eseguito nel termine indicato dall'autorità portuale; iv) che il conseguente obbligo a carico del concessionario era suscettibile di sanzione, ai sensi dell'art. 17 del regolamento del Porto e dell'art. 11 della concessione, i quali, in caso di mancata esecuzione degli impegni derivanti dalla stessa, ne prevedevano la decadenza; v) che, pertanto, nell'ipotesi in esame, non poteva sostenersi che la "fase funzionale" del rapporto restasse regolata dalle norme generali sui contratti, né che il concessionario potesse rifiutare o sospendere temporaneamente la prestazione fino all'adempimento dell'altra parte, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., o, ex art. 1461 cod. civ., qualora le condizioni patrimoniali della stessa avessero evidenziato il rischio di insolvenza; vi) che l'inapplicabilità di tali meccanismi derivava, invero, dalla particolarità del servizio in questione, non solo per le modalità con le quali il rapporto si instaurava, obbligatoriamente, e doveva essere subito eseguito, ma anche perché la fase esecutiva era del pari obbligatoria e sottoposta alla vigilanza della Autorità Marittima, secondo le norme contenute nel regolamento portuale e nel provvedimento di concessione, per motivi di pubblica sicurezza ed a tutela dell'ordine all'interno dei porti; vii) che, per le appena



esposte ragioni, dunque, non potevano applicarsi, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale di Mantova, i principi sanciti dalla menzionata Cass., S.U., n. 1232 del 2004, basati sul presupposto della utilizzabilità delle norme di diritto comune alla "fase funzionale" del rapporto instaurato dal monopolista, ma che faceva salve le ipotesi diverse, nelle quali anche tale fase fosse diversamente disciplinata dai provvedimenti concessori.

2. La controricorrente (omissis) s.r.l. ha concluso per il rigetto della proposta impugnazione.

3. Con il primo motivo di ricorso, rubricato «Omessa e/o insufficiente motivazione circa un fatto decisivo della controversia, ex art. 360, n. 5, cod. proc. civ.», si censura la sentenza impugnata nella parte in cui, dopo aver effettuato la disamina delle norme e dei regolamenti relativi al servizio di rimorchio portuale, ha concluso che il servizio oggetto della prestazione di (omissis) s.r.l., remunerato con i pagamenti di cui era stata chiesta la revoca ex art. 67, comma 2, l.fall., doveva ritenersi, nel caso di specie, obbligatorio. Si assume, in estrema sintesi, che il Regolamento del porto di (omissis) relativo al servizio di rimorchio ivi delle navi nel (omissis) e (omissis) sanciva che l'uso dei rimorchiatori era, di massima, facoltativo, potendo essere, tuttavia, reso obbligatorio in particolari casi o per determinati tipi di naviglio che l'Autorità Marittima avesse ritenuto di precisare con propria ordinanza: la corte bresciana, invece, non aveva spiegato il perché, nella specie, aveva opinato che il servizio di rimorchio prestato dalla (omissis) s.r.l. a favore della (omissis) s.p.a. in liquidazione, poi fallita, rientrasse nelle ipotesi di obbligatorio previste dall'Autorità Marittima, rivelandosi, sul punto, la motivazione della sua decisione una mera presunzione, ovvero una petizione di principio, in entrambi i casi non suffragata da validi elementi probatori, mentre, al contrario, le stesse fatture prodotte dalla Curatela fallimentare consentivano di stabilire che le navi della (omissis) s.p.a. per cui era stato richiesto il servizio di rimorchio erano di tonnellaggi inferiori a quelli per il quale un siffatto servizio doveva considerarsi obbligatorio alla stregua della specifica disciplina fissata dalla locale Autorità Marittima.

3.1. Con il secondo motivo, rubricato «Contraddittoria motivazione in relazione ad un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ai sensi dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ.», si censura la sentenza impugnata nella parte in cui si è affermato che, nel caso concreto, il monopolista non avrebbe in alcun caso potuto sospendere il servizio di rimorchio, perchè nella speciale disciplina ciò non sarebbe stato previsto. In particolare, viene evidenziata l'asserita contraddittorietà della menzionata sentenza sotto i seguenti profili: a) in primo luogo, perché, da un lato, la corte di merito aveva ritenuto l'inapplicabilità degli artt. 1460 e 1461 cod. civ. alle prestazioni del monopolista in presenza di una diversa disciplina contenuta in provvedimenti concessori e, dall'altro, aveva riconosciuto che la concessione di (omissis) s.r.l. prevedeva la possibilità di sospensione del servizio previa autorizzazione dell'attività marittima; b) in secondo luogo, perché, per un verso, si era stabilito che il monopolista non potesse trovarsi nel dovere di eseguire a tutti i costi la prestazione, senza potersi tutelare rispetto ad una parte insolvente, mentre, per altro verso, si era escluso che l'atto di concessione prevedesse ipotesi di sospensione del servizio; c) infine, perché, pur ammettendo che i principi generali sanciti dagli artt. 1460 e 1461 cod. civ. potessero essere derogati solamente in modo espresso da norme speciali o provvedimenti concessori, quella corte aveva finito col negare rilevanza alla circostanza che non sussistevano, nel caso di specie, norme speciali e derogatorie per le «singole operazioni di rimorchio nei riguardi di determinati operatori», ma solo una norma generale che permetteva di sospendere l'intera concessione: affermazione, quest'ultima, che, contrariamente a quanto inteso dalla corte predetta, avrebbe dovuto comportare necessariamente l'applicazione della disciplina generale anche al servizio di rimorchio effettuato dalla controparte verso singoli operatori.

3.2. Con il terzo motivo, rubricato «Violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., degli artt. 67, comma 2, l.fall., 1460, 1461 e 2597 cod. civ.», si ascrive, infine, alla decisione impugnata di aver erroneamente ritenuto obbligatorio, invece che facoltativo, il servizio di rimorchio delle navi prestato in favore della fallita, non rientrando, invero, le

rimorchiate navi di quest'ultima nelle categorie contemplate dall'Autorità Marittima in relazione alle quali ne era sancita l'obbligatorietà. Tale servizio, inoltre, avrebbe sempre potuto essere sospeso, non sussistendo alcuna espressa deroga alle norme comuni, sicchè doveva concludersi nel senso che, nella specie, la corte bresciana, non uniformandosi ai principi sanciti da Cass., S.U., n. 1232 del 2004, benchè dalla stessa ritenuti validi, aveva violato il disposto delle suddette norme.

4. Preliminarmente, deve essere rilevata l'inammissibilità del controricorso attesa l'irritualità della procura rilasciata dalla controricorrente al proprio difensore in calce alla copia notificata del ricorso, trattandosi di soluzione pacifica nella giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. 14330 del 2017, nonché, Cass, n. 5867/2007, a mente della quale deve dichiararsi inammissibile il controricorso quando la procura speciale sia stata rilasciata non in calce al controricorso stesso, bensì in calce alla copia del ricorso notificato dalla controparte, giacché in tal modo manca la prova certa del rilascio del mandato in epoca anteriore o coeva alla notificazione del controricorso; tale incertezza neppure è superabile con il mero richiamo fatto nel controricorso alla procura conferita in calce al ricorso notificato, essendo invece necessaria la specifica indicazione di tale procura; conf. Cass. n. 1826/2005).

5. Il primo motivo, da scrutinarsi avvalendosi, *ratione temporis*, dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. nel testo modificato dal d.lgs. n. 40 del 2006, è fondato.

5.1. Invero, la corte di merito ha testualmente affermato (cfr. pag. 8) che «... Il servizio di rimorchio portuale, previsto dagli artt. 101-107 codice della navigazione, è disciplinato dalla Autorità Marittima tramite gli atti di concessione ed i regolamenti, al fine di realizzare un interesse pubblico, a garanzia dell'ordine e della sicurezza nel porto. La concessione rilasciata alla società appellante ((omissis) s.r.l... Ndr) richiama espressamente gli obblighi che ne derivano a carico del concessionario, con riferimento al rispetto delle prescrizioni dettate dal "Regolamento per il servizio di rimorchio delle navi" nel porto di (omissis), a norma del quale

l'Autorità Marittima ha facoltà di rendere il servizio di rimorchio "obbligatorio" in determinate condizioni: obbligatorietà prevista in via generale dalla ordinanza 58/845 (*rectius*: 58/84) della Capitaneria di Porto per le manovre di navi eccedenti determinati tonnellaggi; in tali ipotesi, l'intervento del rimorchiatore è quindi comunque "dovuto", e deve essere eseguito nel termine indicato dall'autorità portuale; il conseguente obbligo a carico del concessionario è suscettibile di sanzione, ai sensi dell'art. 17 del regolamento del Porto e dell'art. 11 della concessione, che, in caso di mancata esecuzione degli impegni derivanti dalla stessa, ne prevedono la decadenza...».

La descritta facoltà, riconosciuta all'Autorità Marittima, di rendere il servizio di rimorchio «"obbligatorio" in determinate condizioni», è, allora, di per sé, indice del fatto che, evidentemente, non ricorrendo queste ultime, il servizio predetto doveva intendersi come facoltativo.

5.1.1. La stessa corte ha, poi, specificato, che «l'obbligatorietà era prevista in via generale dalla ordinanza 58/84 della Capitaneria di Porto per le manovre di navi eccedenti determinati tonnellaggi», sicchè, «in tali ipotesi, l'intervento del rimorchiatore era comunque "dovuto"», e doveva «essere eseguito nel termine indicato dall'autorità portuale», altrimenti potendone derivare le sanzioni suddette.

5.1.2. Muovendo da tali premesse, la decisione oggi impugnata ha ritenuto inapplicabili alla fattispecie *de qua* i principi enunciati, nella diversa ipotesi del contratto di somministrazione di energia elettrica, da Cass., S.U., n. 1232 del 2004, secondo cui, «in favore dell'imprenditore che somministri beni o presti servizi in regime di monopolio legale, trovano applicazione, in assenza di espressa deroga, non solo l'art. 1460 cod. civ., sull'eccezione di inadempimento, ma anche l'art. 1461 cod. civ., sulla facoltà di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta quando sussista un evidente pericolo di non ricevere il corrispettivo in ragione delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, trattandosi di previsioni compatibili con l'obbligo, posto dall'art. 2597 cod. civ., di contrattare e di osservare parità di trattamento. L'applicabilità di detto art. 1461 cod. civ., come delle altre disposizioni

dettate a presidio del nesso di sinallagmaticità nella fase di esecuzione dei contratti a prestazioni corrispettive, comporta che il pagamento del debito liquido ed esigibile, ricevuto dal monopolista nell'anno che precede la dichiarazione di fallimento del somministrato o dell'utente, con la consapevolezza del suo stato d'insolvenza, resta soggetto alla revocatoria di cui all'art. 67, secondo comma, della legge fallimentare, non trovandosi il monopolista in una situazione differenziata rispetto agli altri creditori, e difettando di conseguenza i presupposti per cogliere nell'art. 2597 cod. civ. una implicita previsione di esenzione dalla revocatoria stessa» (in senso sostanzialmente analogo, si veda anche la più recente Cass. 26977 del 2007): ciò in quanto, nell'odierna vicenda, non poteva sostenersi che la "fase funzionale" del rapporto restasse regolata dalle norme generali sui contratti, né che il concessionario potesse rifiutare o sospendere temporaneamente la prestazione fino all'adempimento dell'altra parte, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., o, ex art. 1461 cod. civ., qualora le condizioni patrimoniali della stessa avessero evidenziato il rischio di insolvenza.

In altri termini, secondo la corte bresciana, l'inapplicabilità dei suddetti meccanismi (e la conseguente esenzione della revocabilità dei pagamenti *de quibus*) derivava dalla particolarità del servizio in questione, non solo per le modalità con le quali il rapporto si instaurava, obbligatoriamente, e doveva essere subito eseguito, ma anche perché la fase esecutiva era del pari obbligatoria e sottoposta alla vigilanza della Autorità Marittima, secondo le norme contenute nel regolamento portuale e nel provvedimento di concessione, per ragioni di pubblica sicurezza ed a tutela dell'ordine all'interno dei porti.

In definitiva, (omissis) s.r.l. sarebbe stata obbligata a prestare i servizi di rimorchio di cui alle fatture riguardanti i pagamenti oggetto della domanda ex art. 67, comma 2, l.fall., formulata originariamente dalla Curatela del Fallimento della (omissis) s.p.a. in liquidazione (cui era poi subentrata la (omissis) s.p.a, quale assuntore del suo concordato fallimentare), tanto evincendosi dall'affermazione, rinvenibile nella sentenza oggi impugnata, secondo cui (cfr. pag. 11) «...il monopolista

flaw L

non poteva sottrarsi all'adempimento, neppure nella fase esecutiva del rapporto, ed era quindi privo del potere di scelta e di altra eventuale tutela rispetto al rischio di insolvenza della controparte, e non può quindi essere tenuto ad erogare il servizio a titolo sostanzialmente gratuito, come si verificherebbe nel caso in cui si dovesse poi revocare il pagamento imputandogli di non aver valutato quello stato di insolvenza che, nei suoi confronti, era irrilevante...».

5.1.3. Sennonchè, proprio alla stregua di quanto premesso nell'appena menzionata decisione circa la descritta facoltà, riconosciuta all'Autorità Marittima, di rendere il servizio di rimorchio «"obbligatorio" in determinate condizioni» (non ricorrendo le quali dovendolo considerare facoltativo), ed al fatto che «l'obbligatorietà era prevista in via generale dalla ordinanza 58/84 della Capitaneria di Porto per le manovre di navi eccedenti determinati tonnellaggi», sicchè, «in tali ipotesi, l'intervento del rimorchiatore era comunque "dovuto"», appare di tutta evidenza che la corte bresciana avrebbe dovuto adeguatamente spiegare il perché, nella specie, aveva ritenuto che il servizio di rimorchio prestato dalla (omissis) s.r.l. a favore della (omissis) s.p.a. in liquidazione, poi fallita, rientrasse nelle ipotesi di obbligatorietà previste dall'Autorità Marittima, al contrario, rivelandosi, sul punto, la motivazione della sua sentenza affatto carente, non essendo suffragata da riscontri probatori quanto alla ricorrenza, per i servizi di rimorchio di cui alle fatture poste a base dei pagamenti oggetto di revocatoria, di quelle «determinate condizioni» che avrebbero reso le corrispondenti prestazioni come «obbligatore», anche alla stregua di quanto desumibile dall'ordinanza della Capitaneria di Porto n. 58/84, piuttosto che facoltative.

Alcunchè, invece, si rinviene, su tale specifica circostanza, controversa e senz'altro decisiva perché idonea a condizionare l'applicabilità, o meno, dei riportati principi resi da Cass., S.U., n. 1232 del 2004 anche alla odierna vicenda, derivandone, pertanto, la sostanziale carenza, o quanto meno, insufficienza motivazionale, *in parte qua*, della sentenza impugnata. Nè, in contrario, può invocarsi la specifica disciplina dell'atto concessorio, in favore

obbligatorietà, o meno, dell'esecuzione delle singole prestazioni di rimorchio oggetto di discussione tra le parti.

7. Il ricorso va quindi accolto in relazione al primo motivo (assorbiti il secondo ed il terzo), e la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte di Appello di Brescia, in diversa composizione, che provvederà anche alla regolamentazione delle spese di questa fase.

P. Q. M.

dichiara inammissibile il controricorso. Accoglie il primo motivo del ricorso, e dichiara assorbiti il secondo ed il terzo. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, e rinvia alla Corte di appello di Brescia, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 24 ottobre 2017.

Il Presidente

Dott. Antonio Didone

