

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

**Dott. DI PALMA Salvatore - Presidente -
Dott. RAGONESI Vittorio - rel. Consigliere -**

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso omissis/2013 proposto da:

CREDITORE

- ricorrente -

contro

DEBITORE

- intimato -

avverso il decreto n. R.G. omissis/2012 del TRIBUNALE di SANT'ANGELO DEI LOMBARDI del 5/09/2013, depositato l'11/09/2013.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

La Corte rilevato che sul ricorso n. omissis/13 proposto da CREDITORE, in proprio e nella qualità di rappresentante di Associazione Professionale Studio Commerciale nei confronti del Fallimento, il consigliere relatore ha depositato ex art. 380 bis c.p.c., la relazione che segue.

"Il relatore Cons. Ragonesi, letti gli atti depositati, osserva quanto segue.

CREDITORE ha proposto ricorso in cassazione, affidato a tre motivi, avverso il decreto L. Fall., ex art. 99, del Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi dell'11.09.2013. Con tale decreto veniva parzialmente accolta con l'ammissione in via chirografaria al passivo del credito richiesto con esclusione del privilegio l'opposizione avverso il provvedimento del giudice delegato, che aveva rigettato la domanda di ammissione allo stato passivo, proposta dal CREDITORE, riferita ad un credito di Euro 102.052,50 a titolo di prestazioni professionali di consulenza.

La curatela non ha svolto alcuna attività difensiva.

Va preliminarmente rilevata l'inammissibilità del ricorso proposto nei confronti della SRL, della SRL e della SRL.

Tali società non risultano infatti essere state parti nel giudizio di opposizione.

Con il primo articolato motivo il CREDITORE si duole della violazione o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., e R.D. n. 267 del 1942, art. 99, con conseguente violazione dell'art. 2697 c.c., sostenendo che non era suo onere provare la natura privilegiata del credito in assenza di contestazione da parte del curatore.

Il motivo è infondato.

In materia di accertamento del passivo fallimentare, l'onere di dimostrare il possesso dei requisiti normativi che legittimano il riconoscimento del privilegio ex art. 2751 bis c.c., n. 5, grava sul creditore (Cass. 24651/2011).

In tal senso il Tribunale ha fatto corretta applicazione del principio sull'onere probatorio ex art. 2697, secondo il quale chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

E, in ogni caso, non può essere data rilevanza alla mancata contestazione specifica del curatore, avvenuta in sede di accertamento del passivo, in ordine alla sussistenza del privilegio:

infatti, il curatore ha contestato la sussistenza di un fatto principale, la pretesa creditoria, logicamente antecedente al fatto secondario della sussistenza del privilegio. Sarebbe stato superfluo, per non dire illogico, contestare la qualifica di un credito che il curatore sosteneva non fosse esistente a causa della mancata allegazione di elementi probatori idonei a provare la sua sussistenza.

A ciò deve aggiungersi che l'esclusione dei fatti non contestati dal "thema probandum" non può ravvisarsi in caso di contumacia del convenuto, in quanto la non negazione fondata sulla volontà della parte non può presumersi per il solo fatto del non essersi la stessa costituita in giudizio, non essendovi un onere in tal senso argomentabile dal sistema. (Cass. 14623/2009). Con il secondo ed il terzo motivo con cui rispettivamente il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 2751 bis c.c., n. 2, per non avere il tribunale accertato se il rapporto professionale si fosse instaurato direttamente tra esso ricorrente e la società poi fallita e l'omessa motivazione su tale questione possono essere esaminati congiuntamente in quanto tra loro connessi.

Il motivi sono infondati.

Il ricorrente contesta la decisione impugnata riportando il principio già enunciato da tale Corte, secondo il quale il privilegio generale sui beni mobili del debitore, previsto dall'art. 2751 bis c.c., per le retribuzioni dei professionisti trova applicazione anche nel caso in cui il professionista sia inserito in un'associazione professionale, a condizione che il rapporto di prestazione d'opera si instauri tra il singolo professionista ed il cliente. Si ricorda però anche un altro orientamento, peraltro già richiamato, della Corte, la quale afferma che la proposizione della domanda per ottenere l'ammissione al passivo fallimentare da parte di uno studio associato lascia presumere l'esclusione della personalità del rapporto d'opera professionale, e, dunque, l'inesistenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751 bis c.c., n. 2, (Cass. 18455/2011).

Nel caso specifico, il ricorrente ha agito anche in qualità di legale rappresentante dell'Associazione professionale, di cui faceva parte.

Da ciò discende che, presumendosi in tal caso l'esclusione della personalità del rapporto d'opera professionale, sarebbe stato onere del creditore dare prova della personalità del rapporto. Sotto tale profilo non risulta il dedotto vizio di omesso esame di un fatto decisivo ex art. 360 c.p.c., n. 5, che, come è noto, consiste nell'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia) (S. U. 8053/2014).

Nel caso specifico il Tribunale ha preso in considerazione il fatto storico dedotto laddove ha esaminato la prova testimoniale della cui valutazione viene dato ampio conto nel decreto laddove viene riconosciuto l'espletamento della attività professionale. Trattasi delle medesime deposizioni di cui il ricorrente lamenta l'omesso esame; circostanza quest'ultima evidentemente smentita dal testo stesso del decreto.

Risulta da ciò che il tribunale ha valutato nell'esame della prova testimoniale anche la questione risultante dai capitoli di prova del conferimento del mandato e ne ha esclusa la sussistenza con motivazione implicita.

A tal proposito va rammentato l'orientamento affermato dalle medesime Sezioni Unite, secondo le quali l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie. (S.U. 8053/2014).

In conclusione dunque la censura del terzo motivo investe una valutazione di merito che, come tale, non è suscettibile di sindacato in questa sede di legittimità.

Ove si condividano i testé formulati rilievi, il ricorso può essere trattato in camera di consiglio ricorrendo i requisiti di cui all'art. 375 c.p.c..

P.Q.M.

Rimette il processo al Presidente della sezione per la trattazione in Camera di Consiglio;

Roma 9.2.15;

Il Cons. relatore".

Vista la memoria del ricorrente;

Considerato:

che non emergono elementi che possano portare a diverse conclusioni di quelle rassegnate nella relazione di cui sopra;

che, in particolare, con il terzo motivo di ricorso viene contestato non già un omesso esame di un fatto decisivo ma la valutazione della prova testimoniale in ordine al conferimento dell'incarico; che detta circostanza è stata comunque esaminata dal giudice di merito laddove ha rilevato che il fatto che il ricorso era stato introdotto anche a nome della associazione professionale lasciava presumere l'esclusione della personalità del rapporto professionale;

che pertanto il ricorso va rigettato senza pronuncia di condanna della ricorrente alle spese processuali non avendo il fallimento svolto attività difensiva.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso. Sussistono i presupposti per il versamento da parte della ricorrente del doppio dei contributi ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art.13, comma 1quater.

Così deciso in Roma, il 9 giugno 2015.

Depositato in Cancelleria il 8 settembre 2015

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*