



REPUBBLICA ITALIANA
INNOOME DEL POPOLO ITALIANO

6629/03

M

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- | | | |
|-----------------|-----------|----------------------|
| Dott. Rosario | DE MUSIS | - Presidente - |
| Dott. Donato | PLENTEDA | - Rel. Consigliere - |
| Dott. Giulio | GRAZIADEI | - Consigliere - |
| Dott. Walter | CELENTANO | - Consigliere - |
| Dott. Salvatore | DI PALMA | - Consigliere - |

Oggetto
ACCERTAMENTO DELLE
MAGGIORANZE NEL
CONCORDATO PREVENTIVO
E DICHIARAZIONE DI
FALLIMENTO

R.G.N. 7640/01

Cron. 37244

Rep. 6951

Ud. 05/06/2003

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

GIVA HOTELS SRL, in persona del legale
rappresentante pro tempore elettivamente
domiciliato in ROMA VIA SEBINO 32, presso
l'avvocato CESIDIO DI GRAVIO, che lo rappresenta e
difende, giusta delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO GIVA HOTELS SRL, in persona dei curatori pro
tempore domiciliato in ROMA PIAZZA CAVOUR presso LA
CANCELLERIA CIVILE DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE,
rappresentato e difeso dall'avvocato ARMANDO CASELLA,
giusta procura a margine del controricorso;

M

2003

1560



- controricorrente -

avverso la sentenza n. 337/00 della Corte d'Appello di L'AQUILA, depositata il 10/10/00;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 05/06/2003 dal Consigliere Dott. Donato PLENTEDA;

udito per il ricorrente l'Avvocato Di Gravio che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Ennio Attilio SEPE che ha concluso per il rigetto del ricorso;

Svolgimento del processo

La soc. Gi.Va. Hotels s.r.l. propose con atto notificato il 31.12.1997 e il 2.1.1998 opposizione alla sentenza 21.12.1997 del Tribunale di Avezzano che ne aveva dichiarato il fallimento per mancata approvazione della sua proposta di concordato con cessione di beni, a causa del mancato raggiungimento della maggioranza di somma.

La opponente lamentò che il tribunale non l'avesse preventivamente convocata in camera di consiglio ed avesse considerato corretta l'ammissione al voto espresso sfavorevolmente dalla Banca di Roma, per il credito di L. 17.566.197.016, fondato su fideiussione in favore della società Cosfer, anch'essa fallita, e



documentato da saldaconto ed estratti conto non contestati - che costituivano, secondo l'assunto della società, mero indizio e non prova del credito - anziché per la somma di L. 2.568.923.894, nonostante la pendenza di un giudizio dinanzi al Tribunale di Roma in cui era stata proposta querela di falso per la fideiussione di 17 miliardi.

Aggiunse la opponente che la convocazione era si avvenuta più volte tra il 20.6 e il 3.12.1997, ma l'ammissione al voto del credito contestato era stata disposta col provvedimento del giudice delegato del 10.12.1997, mai comunicato, sebbene nelle note difensive depositate fosse stata ancora richiesta la comparizione in camera di consiglio.

La curatela resistette alla opposizione, che il tribunale con sentenza 21.10.1998 rigettò.

La decisione gravata da appello fu poi confermata dalla Corte di Appello de L'Aquila il 10.X.2000, la quale ha ritenuto che il credito di L. 16 miliardi vantato dalla Banca di Roma nei confronti della società Cosfer, garantito dalla Gi.Va., fosse risultato dagli estratti conto, approvati per mancata contestazione nel termine di legge, e che il giudizio introdotto con querela di falso fosse inefficace nei riguardi dei creditori anteriori alla proposta di concordato, perché pri-



va della autorizzazione del giudice delegato, ai sensi dell'art. 167 L.F..

Ha inoltre rilevato la infondatezza dell'assunto che il tribunale non avesse tenuto conto della esatta determinazione dei crediti Inps e Inail, non essendo stati quei crediti contestati con la opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento e comunque essendo irrilevante la eventuale rettifica ai fini della maggioranza dei 2/3, una volta ritenuta esatta la entità del credito della Banca di Roma.

Ha escluso qualunque lesione del diritto di difesa, a fronte delle plurime convocazioni in camera di consiglio, della mancata contestazione - almeno in un primo momento - della fideiussione e del suo importo, della successiva opposizione alla quantificazione del credito fideiussorio in L. 17.566.137.016, anziché in L. 2.568.923.894; dalla ulteriore comparizione del debitore per l'esercizio del diritto di difesa sull'importo del credito, disposto dal giudice delegato dopo avere acquisito i titoli che lo concernevano; sicché il provvedimento successivo del 9.12.1997, di rigetto delle eccezioni della Gi.Va. e di declaratoria del mancato raggiungimento delle maggioranze, era risultato pienamente legittimo, come legittima era stata la pronunzia del tribunale di dichiarazione del fallimento, non es-

it



sendo il provvedimento del giudice delegato suscettibile del reclamo endofallimentare ex art. 26 L.F., ma solo la sentenza dichiarativa suscettibile della opposizione ex art. 18 L.F..

Quanto alla dedotta invalidità di tale sentenza, perché resa con la partecipazione di due giudici non imparziali e pertanto ricusati, avendo uno di essi assunto la funzione di giudice delegato nel procedimento di concordato preventivo e l'altro essendo stato relatore in un procedimento di reclamo ex art. 26 L.F. presentato dalla Gi.Va Hotels, la corte territoriale ha rilevato la tardività della ricusazione, perché avvenuta solo in grado di appello, ed ha disatteso la eccezione di incostituzionalità a riguardo degli artt. 51 e 52 c.p.c., per contrasto con gli artt. 3, 24, 101 e 104 Cost., alla luce della consolidata giurisprudenza di legittimità e delle pronunzie già intervenute sul punto del giudice delle leggi.

Propone ricorso per cassazione con quattro motivi, illustrati da memoria, la soc. Gi.Va; resiste con controricorso il curatore del fallimento.

Motivi della decisione

Con il primo motivo la ricorrente denuncia il vizio di motivazione della sentenza impugnata e la violazione degli artt. 176 e 179 L.F..



Assume che il credito della Banca di Roma non fosse di L. 17.566.197.016, ma di L. 2.568.923.894 e che non rilevasse la approvazione dell'estratto conto, essa non precludendo la impugnazione del documento nei sei mesi per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o duplicazioni, né di contestare la validità o efficacia del rapporto giuridico sostanziale, corrente tra le parti del c/c..

Nega che la dichiarazione di fallimento dovesse conseguire immediatamente all'accertamento del mancato raggiungimento delle maggioranze, in quanto i provvedimenti del giudice delegato in tema di ammissione o esclusione del voto possono essere presi in considerazione e riformati dal Collegio in sede di omologazione.

Circa la qualificazione dell'atto di proposizione della querela di falso nel giudizio dinanzi al Tribunale di Roma, che l'aveva giudicato invalido, la ricorrente esclude che essa fosse atto di straordinaria amministrazione e comunque che dovesse l'autorizzazione del giudice essere necessariamente preventiva.

Quanto ai crediti dell'Inps e dell'Inail ammessi in via provvisoria ai fini del voto, deduce la ricorrente l'errore commesso dal tribunale allorché aveva affermato che, quand'anche il credito contestato della Banca



di Roma fosse stato escluso, la maggioranza era mancata in considerazione dei crediti Inps e Inail.

Osserva poi che il tribunale non aveva tenuto conto della situazione aggiornata depositata dal commissario giudiziale il 2.12.1997, che aveva esposto crediti sensibilmente inferiori, per cui, se la Banca di Roma fosse stata ammessa per L. 2.568.923.824, il concordato sarebbe stato approvato; e la Corte di appello aveva omissis l'esame di quel punto.

Con il secondo mezzo si denuncia la mancata audizione del legale rappresentante della società e la violazione degli artt. 15 L.F. e 24 Cost.

Deduce la ricorrente di avere proposto reclamo ex art. 26 L.F. (e successivamente ricorso per cassazione) avverso il provvedimento di ammissione al voto della banca per L. 17 miliardi circa e rileva che il giudizio si era concluso con sent. 3521/2000 di questa Corte che aveva stabilito che prima della dichiarazione di fallimento il debitore doveva essere convocato in camera di consiglio.

Ciò malgrado la corte territoriale aveva ritenuto assicurato il diritto di difesa con il deposito di memorie, senza però che esso fosse stato esercitato sul punto del calcolo delle maggioranze.

Del provvedimento del giudice delegato del

it



9.12.1997 si era mancato di dare conoscenza al debitore, che non aveva potuto impugnarlo se non con la opposizione alla sentenza dichiarativa.

Con il III° motivo si denunzia " la illegittimità costituzionale dei giudici del collegio che hanno partecipato alla sentenza dichiarativa di fallimento, del presidente che era stato giudice delegato e giudice relatore della sentenza di fallimento e del giudice relatore della sentenza di rigetto della opposizione, che era stato componente del collegio in sede di dichiarazione di fallimento e giudice del tribunale che aveva deciso il rigetto del reclamo ex art. 26 L.F. (art. 51 e 52 c.p. in relazione agli artt. 3,24,101,104 Cost)" e si richiamano le pronunzie della corte costituzionale in tema di giusto processo, che comprende la esigenza di imparzialità del giudice, pregiudicata dalla preesistenza di valutazioni che cadono sulla medesima res iudicanda e dalla sua partecipazione in una diversa e successiva fase del procedimento.

Rileva ancora la ricorrente che il presidente del collegio che aveva deciso la opposizione a sentenza di fallimento era stato relatore nel giudizio per la dichiarazione nonché giudice delegato del concordato preventivo e del fallimento e aveva autorizzato il curatore a nominare il legale per resistere alla opposizione;

it



e che il relatore della sentenza di opposizione era stato componente del collegio che aveva deciso sulla dichiarazione di fallimento; situazioni l'una e l'altra giustificative della eccezione di incostituzionalità, sulle quali la corte territoriale non aveva adeguatamente motivato.

Infine lamenta la condanna alle spese processuali, per essere state liquidate con riferimento all'importo dell'attivo e del passivo, in violazione dell'art. 6 della tariffa forense e del D.M. 13.4.1985 e successive modificazioni che aveva approvato la deliberazione del C.N.F. del 3.11.1984; 5, 6, 18 e 118 n. 1 L.F. e degli artt. 10,12,14 e 15 c.p.c., anche in relazione all'art. 6 citato, oltre alla omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

Rileva che nel giudizio di opposizione al fallimento non è oggetto della domanda la disponibilità o meno del patrimonio da parte del fallito, ma la esistenza dei presupposti, soggettivo e oggettivo, della dichiarazione e nella specie tema controverso era lo stato di insolvenza, accertato ma non quantificato nella sua globale entità.

Nessuna delle prospettazioni plurime su cui è articolato il primo motivo è fondata.



Quanto alla entità del credito vantato, per il quale la Banca di Roma era stata ammessa al voto, la deduzione che la approvazione dell'estratto conto non precludesse la sua impugnazione per errori di scrittura o di calcolo o omissioni e duplicazioni; e che, comunque, sono consentite contestazioni sulla validità ed efficacia del rapporto sostanziale di conto corrente, è rimasta una mera enunciazione, in linea con quanto dispongono gli artt. 1832 e 1857 c.c..

Manca, infatti, la ricorrente di riferire se la contestazione vi sia stata e sia stata tempestiva, per quale delle ipotesi considerate dalla legge, quali siano state le scritturazioni erronee, quali gli errori di calcolo, le omissioni e le duplicazioni e quali le ragioni della nullità della fideiussione.

Peraltro l'art. 176 L.F. consente al giudice delegato del concordato preventivo l'ammissione provvisoria in tutto o in parte dei crediti contestati, ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, sicché non è dato comprendere quale rilevanza concreta possa attribuirsi alla circostanza che quel provvedimento fosse sottoposto al controllo del tribunale in sede di omologazione, ovvero prima della dichiarazione di fallimento, se, comunque, nessuna specifica indicazione è stata offerta a suffragio della generica predetta doglianza,



che ha persino mancato di censurare la affermazione della sentenza impugnata che ha tratto argomento ulteriore, per ritenere che il credito della banca fosse quello vantato, dal fatto che era stato ammesso nello stato passivo del fallimento della obbligata principale soc. Cosfer s.r.l..

Coperta dal giudicato interno è, poi, la questione se la querela di falso costituisca atto di amministrazione ordinaria, sì da non richiedere la autorizzazione del giudice delegato ai fini della opponibilità al fallimento ai sensi dell'art. 167 L.F..

La corte di appello ha rilevato, con riguardo al primo motivo di impugnazione - secondo cui era mancato il controllo del tribunale, in sede di dichiarazione di fallimento, sulla regolarità delle operazioni di voto, in riferimento alla entità del credito della banca e alla fideiussione della società fallita da cui esso derivava, per la quale era stato promosso un giudizio di nullità per falsità dell'atto costitutivo della garanzia - che il credito è vero e reale, per quanto prima si è detto, ed ha aggiunto che il tribunale aveva qualificato l'atto di citazione per querela di falso come eccedente la ordinaria amministrazione, tanto da risultare inefficace.

Nessuna censura risulta specificamente svolta in



grado di appello avverso la statuizione del primo giudice, richiamata dalla corte di appello, come la stessa ricorrente riferisce e come espressamente deduce il controricorrente, allo scopo di offrire una completa rassegna degli argomenti dibattuti in primo grado; sicché la doglianza proposta è inammissibile, risultando tardivamente rivolta alla decisione del tribunale.

Quanto al calcolo dei crediti previdenziali e assicurativi, Inps e Inail, la doglianza è altrettanto infondata, poiché nessuna rilevanza è in grado di produrre la rettifica proposta, a fronte della pacifica circostanza che la entità del credito vantato dalla Banca di Roma, nei termini in cui l'istituto è stato ammesso al voto, è assorbente di ogni questione afferente agli altri creditori.

Il secondo mezzo è privo di pregio.

Nel richiamare la sentenza 3521/2000 di questa Corte - che ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso il decreto del tribunale, che aveva, a sua volta, giudicato inammissibile il reclamo ex art. 26 L.F., proposto dalla Gi. Va. Hotels avverso il provvedimento del giudice delegato, di ammissione al voto della Banca di Roma per la somma di oltre 17 miliardi di lire - la ricorrente fa leva sulla affermazione in essa contenuta, secondo cui, in ogni caso, prima della dichiarazione di



fallimento il debitore deve essere convocato in camera di consiglio, affinché sia accertata la piena attuazione del diritto di difesa.

Tale affermazione, compiuta in termini di enunciazione di un principio generale nella dinamica dei procedimenti concorsuali e delle loro correlazioni, non ha alcuna portata diretta nella fattispecie, in cui la citata sentenza non ha affatto rilevato che il diritto di difesa non sia stato esercitato e in cui, come esposto nella impugnata sentenza, è stato ampiamente consentito al debitore di dedurre in ogni passaggio della procedura.

Rileva, infatti, la corte territoriale che la Gi. Va. Hotels partecipò alla udienza del 17.9.1997, in cui furono convocati i creditori; e a quella nella quale la Banca di Roma espresse il suo voto per il credito di L. 17.566.137.016 e sul punto manifestò la propria contestazione, deducendo che il credito era invece di importo pari a L. 2.568.923.894 e chiedendo che il giudice la ammettesse per quest'ultimo importo. Infine fu convocata per la successiva udienza del 3.12.1997, dopo che erano stati acquisiti i titoli afferenti a quel credito, perché fossero sul punto espresse le finali difese; sicché non è comprensibile il fondamento della dedotta lesione del diritto di difesa, il cui esercizio



è stato consentito ripetutamente e specificamente, proprio sulla entità del credito vantato dalla banca, sulla quale si sono articolati la opposizione alla dichiarazione di fallimento, l'appello e il presente ricorso per cassazione.

Né ha fondamento giuridico la tesi che ulteriore convocazione la Gi.Va meritasse, dopo il computo del voto effettuato dal giudice delegato e prima della decisione del tribunale; sia perché le operazioni di calcolo sono state compiute su dati conosciuti e discussi dalla debitrice e non su elementi ad essa estranei o da essa ignorati; sia perché nessuna norma stabilisce che ogni singolo passaggio del procedimento, che dalla proposta di concordato preventivo porta alla dichiarazione di fallimento, debba essere contrassegnato dalle difese del proponente, una volta che egli abbia contraddetto o sia stato posto in grado di contraddire a tutte le ragioni opposte alla sua iniziativa, come nella specie è accaduto.

Ipotizzare che prima della dichiarazione di fallimento, quale effetto del mancato raggiungimento delle maggioranze, il debitore debba ancora interloquire nei riguardi del provvedimento che di quelle mancate maggioranze dà atto, è contrario al disposto dell'art. 179 L.F. - il quale stabilisce che se le maggioranze non



sono raggiunte il giudice delegato ne riferisce immediatamente al tribunale e il cui coordinamento con l'art. 162 II c. L.F. è stato ritenuto costituzionalmente legittimo da Corte Cost. 27.6.1972 n. 110 - e riflette una deformata concezione del diritto garantito dall'art. 24 Cost..

Infondato è ancora il terzo mezzo.

La corte territoriale ha rilevato che era stata tardiva la ricusazione dei giudici del Tribunale di Avezzano, che avevano fatto parte del Collegio, il quale aveva respinto la opposizione ex art. 18 L.F., essendo stata proposta solo in grado di appello; e tale punto della decisione è rimasto incensurato.

Ha poi ritenuto manifestamente infondata la eccezione di incostituzionalità degli artt. 51 e 52 c.p.c., in relazione agli artt. 3, 24, 101 e 104 Cost., laddove non prevedono né la nullità dei provvedimenti resi dai giudici obbligati alla astensione, né la possibilità di tardive ricusazioni, osservando e all'uopo puntualmente richiamando la interpretazione restrittiva del giudice delle leggi (363/1998; 326 e 357/1997) e di questa Corte (Cass. 12410/2000; 3163/1999; 10527/1998) relativa alla espressione " altro grado del processo" contenuta nell'art. 51 n. 4 c.p.c., che la sentenza dichiarativa di fallimento, ancorché costituisca provvedimento di



merito con natura di accertamento costitutivo, viene però emessa al termine di una fase a cognizione sommaria, laddove la opposizione alla stessa dà luogo ad un giudizio a cognizione piena, diretta a verificare i presupposti soggettivi e oggettivi del fallimento; sicché tale differenza consente di escludere che il secondo giudizio possa rimanere pregiudicato dalla precedente fase sommaria.

Ed ha aggiunto che le profonde differenze strutturali e funzionali tra il modello di processo penale e quello civile non consentono la diretta trasposizione delle tematiche sviluppate dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo alla incompatibilità del giudice, nel quadro dell'art. 34 c.p.p., e che la tutela dei principi del giusto processo e della imparzialità del giudice, che anche nel processo civile devono, ovviamente, trovare attuazione, è affidata agli istituti della astensione e della ricsuzione, nell'ambito dei quali deve verificarsi in concreto la sussistenza di atti, il cui compimento da parte del giudice contenga valutazioni di merito tali da poter pregiudicare le successive funzioni giurisdizionali.

Ha infine osservato, con espresso riferimento alla questione di incostituzionalità sollevata con riguardo alla circostanza che gli artt. 51 e 52 c.p.c. non pre-



vedono la nullità dei provvedimenti resi da giudici tenuti ad astenersi né la possibilità di tardive ricusazioni, che le norme non sono in contrasto con la Costituzione, in quanto il legislatore alla parte che ritenga violato l'obbligo di astensione riconosce il diritto di ricusazione nel termine previsto dall'art. 52 cpv. c.p.c. e dunque un valido strumento per evitare di essere giudicata da colui del quale contesti la obbiettività; mentre la scelta di non far conseguire alla inosservanza dell'obbligo di astensione la nullità della sentenza e di imporre un termine per la ricusazione risponde alla esigenza di impedire facili strumentalizzazioni all'uso di tale istituto, che verrebbe utilizzato *secundum eventum litis*, con la vanificazione di complesse attività giudiziarie espletate.

Il motivo di censura è la sostanziale riedizione delle ragioni prospettate in grado di appello e discusse e respinte dalla corte territoriale, senza che siano stati proposti argomenti oppositivi che giovino a riferire la doglianza alla decisione impugnata.

Né rileva la dedotta circostanza che con la riforma del processo civile le cause riservate alla decisione del tribunale, in composizione collegiale, terminino con la udienza di precisazione delle conclusioni dinanzi al giudice istruttore, che riserva di riferire al



collegio, per cui, non conoscendo le parti chi di esso fa parte in fase decisoria, non è possibile ipotizzare la tardività della ricusazione.

Tale deduzione non si appalesa risolutiva, posto che il sospetto di incostituzionalità, riguardato sotto il profilo della impraticabilità della ricusazione - ammesso che avesse avuto i riscontri di fatto, in ordine alla impossibilità di conoscenza preventiva dei componenti del collegio - non incide sul motivo di essa, per le considerazioni svolte nella sentenza impugnata, che, sulla scorta di ripetute decisioni di questo giudice e della Corte Costituzionale - da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi - ha escluso, come si è visto, il rischio che il giudizio a cognizione piena possa essere pregiudicato dalla precedente fase sommaria, avuto anche riguardo alla peculiarità del procedimento fallimentare.

Fondato è, invece, l'ultimo motivo.

La Corte di appello abruzzese ha liquidato le spese giudiziali in una misura, per la quale non ha motivato sul criterio adottato, se cioè riferito al valore indeterminabile della controversia, ovvero alla entità del passivo o ancora, come la ricorrente suppone, tenendo conto dell'attivo e del passivo.

Variabili essendo i diritti e gli onorari in rela-



zione ai parametri predetti, la sentenza impugnata avrebbe dovuto indicare quali di essi ha ritenuto applicabili, onde consentire il controllo di legittimità.

Il ricorso va accolto con riguardo a quest'ultimo mezzo, con rinvio alla Corte di Appello de L'Aquila in diversa composizione, anche per le spese di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il quarto motivo; rigetta gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di Appello de L'Aquila in diversa composizione, anche per le spese di cassazione.

Roma 5.6.2003.

Il Consigliere estensore

Donato Plenteda

Il Presidente

Rosario De Musis

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Prima Sezione Civile

Depositato in cancelleria

Il 5 DIC. 2003
IL CANCELLIERE

~~CANCELLIERE
Andrea Bianchi~~