

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**LA CORTE D'APPELLO DELL'AQUILA**

Riunita in Camera di Consiglio e Composta dai Giudici:

dott. Augusto Pace	Presidente
dott. Giorgio Di Benedetto	Consigliere
dott. Luigi D'Orazio	Consigliere rel.

udita la relazione del Cons. Luigi D'Orazio ha emesso la seguente

**CASO.it**  
**SENTENZA**

Nella causa civile di secondo grado iscritta al n. 1282 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2008, trattenuta in decisione all'udienza del 13-4-2011 e vertente

**TRA**

**C. Promotions srl**, in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in L'Aquila, Piazza (omissis), che la rappresenta e difende giusta mandato a margine della comparsa di costituzione.

**RECLAMANTE**

*E*

*Ca. spa*, in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in L'Aquila, Via (omissis), che la rappresenta e difende giusta procura a margine della comparsa di costituzione

**RECLAMATA**

*E*

*Fallimento C. Promotions, in persona del curatore Dott.ssa (omissis)*

**RECLAMATO**

**CONTUMACE**

*Oggetto: reclamo avverso sentenza dichiarativa di fallimento ex art.  
18 l.f.*

Conclusioni delle parti: “come da verbale di udienza del 13-4-2011”

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 11-2-2008 la Ca. spa chiedeva dichiararsi il fallimento della C. Promotions srl. In particolare, la ricorrente allegava che aveva chiesto ed ottenuto, nei confronti della debitrice, un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo in data 14-11-2007 per la somma di € 134.058,31 quale saldo debitore, che la resistente non aveva provveduto al pagamento, che da informazioni assunte

risultava che la società non svolgeva più alcuna attività, che dalla visura Cerved risultavano depositati i bilanci soltanto sino al 2002, che vi era protesti levati a carico sia della società che dell'amministratore della stessa, Migliarini Enrico, che pendevano procedure esecutive mobiliari a carico della debitrice dinanzi al Tribunale di L'Aquila, che dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia risultavano segnalazioni da parte di tre istituti bancari per una esposizione debitoria complessiva di circa € 207.000,00.

Si costituiva in primo grado la C. Promotions srl difesa dall'avv. Emilio Bafile, con procura in calce alla memoria di costituzione.

Con ordinanza collegiale il Tribunale di L'Aquila, in data 29-8-2008, disponeva la nomina di un esperto ai sensi dell'art. 198 c.p.e., con l'incarico di accertare l'attivo patrimoniale della società negli anni 2007, 2006 e 2005, i ricavi relativi agli stessi anni ed i debiti attuali. Con tale ordinanza il Collegio ordinava alla debitrice di depositare i documenti contabili entro dieci giorni dall'udienza di assunzione dell'incarico (fissata al 4-9-2008), disponeva che il CTU depositasse la relazione scritta entro trenta giorni dal termine fissato per il deposito della documentazione (14-9-2008), concedendo termine alle parti per il deposito di proprie osservazioni scritte entro dieci giorni dalla scadenza del termine per il deposito della relazione (24 ottobre 2008). All'udienza del 4-9-2008 il CTU prestava il giuramento di rito. In data 21 ottobre 2008 il Tribunale di L'Aquila dichiarava il fallimento della predetta società.

Avverso tale sentenza proponeva appello la C. Promotions srl per la nullità della CTU in assenza della comunicazione dell'inizio delle operazioni peritali al difensore della debitrice e per il mancato rispetto del termine di dieci giorni concesso dal Collegio alle parti per il deposito di osservazioni scritte, essendo stata depositata la sentenza prima della scadenza di detto termine. Inoltre, si deduceva nell'impugnazione l'insussistenza dello stato di insolvenza. Pertanto, la reclamante chiedeva la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, con dichiarazione di nullità della CTU e dell'intero procedimento, ivi compresa la relativa sentenza.

Si costituiva in giudizio la Ca. chiedendo il rigetto del gravame anche perchè l'inizio delle operazioni tecniche era stato comunicato ritualmente al consulente tecnico nominato dalla debitrice. Inoltre, il Tribunale aveva applicato correttamente la presunzione di cui all'art. 118 c.p.c., in quanto la debitrice non aveva ottemperato all'ordine del Tribunale di deposito delle scritture contabili nel termine stabilito.

La curatela del fallimento restava contumace.

All'udienza del 13-4-2011 la Corte tratteneva la causa in decisione, concedendo alle parti i termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

Il reclamo deve essere rigettato.

Con il primo motivo di impugnazione la reclamante chiede la revoca della sentenza di fallimento in quanto la pronuncia è stata emessa in violazione del principio del contraddittorio, in quanto il CTU nominato in prime cure non ha comunicato l'inizio delle operazioni peritali al difensore della debitrice ed il Tribunale ha pronunciato il fallimento senza attendere il termine di dieci giorni che aveva in precedenza concesso per consentire alle parti di depositare proprie osservazioni scritte alla relazione del CTU.

Il motivo è infondato.

Invero, risulta dagli atti che il Tribunale di l'Aquila ha disposto una vera e propria CTU per accertare la sussistenza dei requisiti di fallibilità ex art. 1 l.f., come modificato dal d.lgs. n. 169 del 2007 in capo alla debitrice.

Infatti, con la novella del 2006 il legislatore ha espressamente introdotto la possibilità per il tribunale di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, come emerge dal comma 7 ° dell'art. 15 l.f. ("Le parti possono nominare consulenti tecnici"). Peraltro, anche prima della riforma la giurisprudenza di merito talvolta aveva affidato al CTU l'incarico peritale di verificare la sussistenza di elementi di fatto idonei per l'accertamento dell'insolvenza. Infatti, anche se la CTU rientrava tra le prove di lunga indagine, tuttavia, era ben possibile concedere al consulente tecnico d'ufficio termini

ridotti per il deposito della relazione scritta, sicchè non esisteva una categoria di “prove di lunga indagine” esclusa in ogni caso dall'istruttoria prefallimentare, ma tutte le prove potevano essere espletate purchè con modalità compatibili con l'urgenza estrema che caratterizzava la procedura di fallimento, per evitare il decorso del termine annuale ex art. 10 l.f. o il consolidamento di atti pregiudizievoli ex art. 67 l.f. Spesso, peraltro, i tribunali optavano per la nomina dell'esperto ex art. 68 c.p.c. che poteva esplicitare la sua attività senza particolari formalità, evitando la prestazione del giuramento e limitandosi al deposito della relazione scritta, da sottoporre poi al contraddittorio delle parti.

Nella specie, il Tribunale ha optato per la nomina dell'esperto ex art. 198 c.p.c., prevedendo espressamente che “il CTU...procederà ai sensi dell'art. 198 comma 2 ° c.p.c. ad estendere l'indagine all'intera contabilità dell'impresa presso la sede della stessa ovvero presso il depositario delle scritture, con il consenso del debitore. In difetto di tale consenso ne darà atto nella relazione, omettendo di procedere all'ispezione suppletiva”.

Pertanto, l'espresso richiamo all'art. 198 c.p.c. induce a ritenere che il Tribunale abbia proceduto alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio e non di un esperto ai sensi dell'art. 68 c.p.c..

Il Collegio, dunque, avrebbe dovuto rispettare in ogni passaggio del procedimento le norme del codice di procedura civile.

Risulta pacificamente, invece, che il CTU, pur provvedendo alla comunicazione della data di inizio delle operazioni peritali al consulente tecnico di parte nominato dalla debitrice, non ne ha dato comunicazione però al difensore della società reclamante. Tale violazione costituisce un'ipotesi di nullità della consulenza, deducibile solo dalla parte ai sensi dell'art. 157 comma 2 ° c.p.c. nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia dello stesso (Cass. Civ., 28 novembre 2001, n. 15133).

Nel caso in esame, però, in primo grado la parte non ha avuto alcuna possibilità di dedurre il vizio, avendo il Tribunale dichiarato il fallimento senza attendere il termine concesso alle parti per depositare note critiche alla CTU.

Per la Cassazione, in tema di consulenza tecnica d'ufficio, ai sensi dell'art. 194 comma 2 ° c.p.c., e 90 primo comma disp. Att. c.p.c., alle parti va data comunicazione del giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni peritali. Peraltro, l'omissione (anche di una) di tali comunicazioni induce la nullità della consulenza stessa soltanto qualora, con riguardo alle circostanze del caso concreto, essa abbia pregiudicato il diritto di difesa per non essere state le parti anzidette poste in grado di intervenire alle operazioni, onde la riferita nullità non si verifica qualora risulti che le medesime parti, con avviso anche verbale o in qualsiasi altro modo, siano state egualmente in grado di assistere all'indagine o di esplicitare in essa le attività ritenute convenienti (Cass. Civ., 7 aprile 2006, n. 8227).

Tale sentenza, citata dalla reclamata in modo non completo, non consente di salvaguardare, nel caso concreto, il diritto del contraddittorio perchè il legale della debitrice non è stato avvisato ed alle operazioni non ha assistito neppure il consulente di parte, che aveva invece ricevuto l'avviso.

Inoltre, la mancata comunicazione al difensore di una delle parti costituite, da parte del consulente tecnico autorizzato dal giudice a compiere indagini da solo (art. 194 c.p.c.), del tempo e del luogo di inizio delle operazioni, determina la nullità della consulenza tecnica, né il vizio è escluso dalla presenza alle operazioni peritali della parte personalmente (Cass. Civ., sez. L., 27 settembre 2000, n. 12785). Nella fattispecie, l'amministratore della società ha risposto alle domande postegli dal consulente tecnico d'ufficio, ma ciò non sana la nullità della consulenza per l'omessa comunicazione al difensore della data di inizio delle operazioni peritali. Del resto, in caso di omessa comunicazione la nullità della CTU è dichiarata per violazione del principio del contraddittorio, senza che in contrario rilevi la natura delle attività corrispondenti all'inizio delle operazioni (Cass. Civ., 11 giugno 1990, n. 5659).

Allo stesso modo, il Tribunale non poteva dichiarare il fallimento senza consentire alle parti di depositare proprie osservazioni scritte nel termine di dieci giorni dal deposito della relazione.

In particolare, l'udienza per il conferimento dell'incarico è stata celebrata il 4-9-2008.

Entro dieci giorni (quindi entro il 14-9-2008) la debitrice avrebbe dovuto depositare documentazione contabile. Entro il 14-10-2008 il CTU avrebbe dovuto depositare la relazione scritta. Entro il 24-10-2008 doveva essere consentito alle parti di depositare proprie osservazioni scritte.

Effettivamente il CTU ha depositato la relazione scritta in data 13-10-2008 entro il termine a lui affidato, la debitrice ha depositato parte della documentazione il 16-9-2008, ma la pronuncia del tribunale è intervenuta il 21-10-2008, quindi in anticipo di tre giorni rispetto al termine concesso alle parti. Gran parte della documentazione è stata, invece, acquisita dal CTU, con il consenso dell'amministratore della società, presso la sede della stessa in data 8-10-2008.

Tuttavia, nonostante la nullità della sentenza di primo grado, il reclamo deve essere respinto in quanto la parte reclamante avrebbe dovuto indicare quale concreto vizio del contraddittorio si era verificato a causa delle predette nullità, indicando, in sede di gravame, le ragioni per cui non ricorrevano i presupposti del fallimento. Infatti, non essendo possibile disporre la rimessione della controversia al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., stante la tassativa delle ipotesi ivi enucleate, la debitrice avrebbe potuto dimostrare in sede di reclamo l'insussistenza dei requisiti di fallibilità. Al contrario la società si è limitata ad evidenziare le ragioni di nullità della prima sentenza senza dimostrare l'insussistenza dei requisiti di fallibilità. Infatti, per far valere quale motivo di appello un vizio di nullità relativa che abbia inficiato il giudizio di primo grado, è necessario che la parte non abbia rinunciato tacitamente ad eccepirlo e che la parte impugnante *indichi specificamente quale sia stato il pregiudizio alle proprie attività difensive dalla invocata invalidità* (Cass. Civ., 4 giugno 2006, n. 12952).

Per la Cassazione, in caso di nullità della citazione introduttiva del giudizio di primo grado, che si è svolto in contumacia della parte convenuta, determinata dalla inosservanza del termine dilatorio di comparizione, il giudice di appello non può limitarsi a dichiarare la nullità della sentenza e giudizio di primo grado, ma, non ricorrendo né la nullità della notificazione dell'atto introduttivo e né alcuna delle altre

ipotesi tassativamente previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., deve decidere nel merito, previa rinnovazione degli accertamenti compiuti nella pregressa fase processuale, ammettendo il convenuto, contumace in primo grado, a svolgere tutte quelle attività che, in conseguenza della nullità, gli sono state precluse (Cass. Civ., 11 novembre 2010, n. 22914).

Del resto, con riferimento alla sentenza di primo grado pronunciata prima della scadenza dei termini per il deposito delle conclusioni o delle memorie di replica, che è affetta, appunto, da nullità, il giudice di appello, una volta constatata tale nullità, non può limitarsi ad una pronuncia di mero rito dichiarativa della stessa, né può rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., ma – in ossequio al principio di cui all'art. 162 c.p.c. ed al normale effetto devolutivo del giudizio di appello – è tenuto a decidere la causa nel merito, provvedendo in questo modo alla rinnovazione dell'attività riguardo alla quale la nullità si è verificata (Cass. Civ., sez. 3, 9 marzo 2011, n. 5590). Il rilievo della nullità non comporta la definizione in rito del giudizio, perchè nel processo civile, salvo espressa contraria previsione di legge, le nullità sono sanabili mediante la rinnovazione dell'attività irrituale cui si riferiscono e la loro verifica non importa che il giudizio debba essere definito in rito.

Se, poi, il giudice di secondo grado dichiara la nullità della sentenza espletata in prime cure, deve disporre la rinnovazione della stessa ai sensi dell'art. 162 c.p.c., senza possibilità di rimessione al giudice di primo grado, non versandosi in alcuna delle materie di cui all'art. 354 c.p.c., con attività di supplenza dell'attività istruttoria venuta meno per effetto della dichiarata nullità (Cass. Civ., sez. L., 7 agosto 1982, n. 4428; Cass. Civ., 21 novembre 2001, n. 14735). Il giudice d'appello, in tali casi, deve trattenere la causa e, previa ammissione dell'appellante ad esercitare in appello tutte le attività che avrebbe potuto svolgere in primo grado, deve decidere nel merito (Cass. Civ., Sez. Un., 21 marzo 2001, n. 12).

Orbene, con riferimento alla nullità della CTU, deve evidenziarsi l'irrilevanza, ai fini della dichiarazione di fallimento, della consulenza tecnica volta ad accertare la



sussistenza dei requisiti di fallibilità, in quanto l'art. 1 l.f., dopo il d.lgs. n. 169 del 2007, accolla al debitore l'onere di provare l'insussistenza di tali requisiti.

Infatti, l'art. 1 secondo comma l.f., aderendo al principio di "prossimità alla prova", pone a carico del debitore l'onere di provare di essere esente dal fallimento gravandolo della dimostrazione del non superamento congiunto dei parametri dimensionali ivi prescritti (Cass. Civ., 28 maggio 2010, n. 13086).

Inoltre, dai documenti prodotti in sede di reclamo dalla società debitrice emerge la sussistenza dei requisiti di fattibilità. Infatti, dalla situazione contabile al 31-12-2007 risulta un attivo patrimoniale pari ad € 805.990,45. L'attivo patrimoniale è, poi, di € 413.763,03 al 31-12-2005.

Con il secondo motivo di impugnazione la reclamante si duole della insussistenza dello stato di insolvenza.

Tale motivo è infondato.

Infatti, l'insolvenza, intesa come incapacità di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni, emerge, oltre che dal mancato adempimento del pagamento vantato dalla creditrice, dalla pendenza di esecuzioni mobiliari pendenti dinanzi al Tribunale di L'Aquila (circostanza allegata dalla ricorrente e non specificamente contestata), dalla cessazione delle attività (circostanza anch'essa non contestata specificamente), dai protesti levati nei confronti della società e del suo amministratore, oltre che del socio Migliarini Marco, come da visura Cerved, tra l'altro per importi notevolissimi (assegno di € 221.897,00), dai dati della Centrale Rischi della Banca d'Italia (ben tre istituti di credito hanno palesato segnalazioni al momento della istanza di fallimento), e dai dati di bilancio e delle scritture contabili. In particolare dai bilanci emerge una perdita di esercizio al 31-12-2007 per € 97.833,24 (nel 2005 la perdita di esercizio era di € 199.075,53; nel 2006 la perdita era di € 97.833,24). Inoltre i ricavi si sono contratti negli anni (€ 42.079,88 nel 2006; € 109.541,00 nel 2005, Unico 2006; € 200.983,19 nel 2004).

Tra l'altro la reclamante, che in primo grado aveva dedotto di avere proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, non ha

prodotto l'atto di opposizione in sede di reclamo. —

In ossequio al principio della soccombenza le spese del secondo grado di giudizio vanno accollate alla reclamante e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte di Appello di L'Aquila, definitivamente pronunciando in contraddittorio delle parti sul reclamo proposto dalla C. Promotions srl nei confronti della Ca. spa e della curatela del fallimento C. Promotions, avverso la sentenza pronunciata dal Tribunale di L'Aquila in data 21-10-2008, ogni diversa e contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- 1 Rigetta il reclamo.
- 2 Condanna la reclamante a rimborsare in favore della Ca. spa le spese del secondo grado di giudizio che si liquidano in complessivi € 2.000,00, di cui € 1.000,00 per diritti ed € 1.000,00 per onorari di Avvocato, oltre rimborso forfettario e CPA.

(omissis)

|

Il Presidente  
Augusto Pace

Il Consigliere est.

Luigi D'Orazio

Provvedimento depositato il 29 novembre 2011

|