

**CONTRIBUTO UNIFICATO**



-2399/16

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Oggetto

**Opposizione  
fallimento.**

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**PRIMA SEZIONE CIVILE**

R.G.N. 11850/2009

Cron. 2399

Rep. 41

Ud. 10/11/2015

PU

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. ALDO CECCHERINI - Presidente -
- Dott. ANIELLO NAPPI - Consigliere -
- Dott. ANTONIO DIDONE - Rel. Consigliere -
- Dott. MAGDA CRISTIANO - Consigliere -
- Dott. MASSIMO FERRO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 11850-2009 proposto da:

ALTEA GIOVANNI CIRO (c.f. LTAGNN62B19E954L), in proprio e nella qualità di socio accomandatario e socio accomandatario legale rappresentante della S.A.S. ITALPALI di ALTEA GIOVANNI CIRO, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA MANCINI 4/B, presso l'avvocato GIOVANNANTONIO FASANO, rappresentato e difeso dall'avvocato ANTONIO AIEVOLA, giusta procura a margine del ricorso;

2015  
1807

- ricorrente -

contro

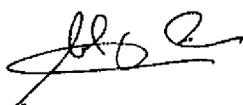
SORBINO CARMELA, FALLIMENTO DELLA ITALPALI S.A.S. DI  
ALTEA GIOVANNI CIRO NONCHE' DI ALTEA GIOVANNI CIRO;

- intimati -

avverso la sentenza n. 2636/2008 della CORTE  
D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 30/06/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 10/11/2015 dal Consigliere Dott. ANTONIO  
DIDONE;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. ANNA MARIA SOLDI che ha concluso per  
il rigetto del ricorso.



Ragioni in fatto e in diritto della decisione

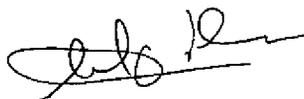
1.- Con la sentenza impugnata (depositata il 30.6.2008) la Corte di appello di Napoli ha confermato la decisione del tribunale con la quale era stata respinta l'opposizione alla dichiarazione di fallimento proposta da Altea Giovanni, in proprio e quale socio accomandatario della s.a.s. "Italpali di Altea Giovanni Ciro".

La corte di merito, in sintesi, ha disatteso le censure degli appellanti concernenti la nullità della sentenza per vizio di costituzione del giudice, il requisito soggettivo di assoggettabilità al fallimento, la ritualità della convocazione dinanzi al tribunale fallimentare (prevedendo il decreto presidenziale la formulazione di istanza, da notificare, per essere sentiti in camera di consiglio), la carenza di motivazione della sentenza dichiarativa di fallimento e la sussistenza dello stato di insolvenza.

Contro la sentenza di appello Altea Giovanni, in proprio e quale socio accomandatario della s.a.s. "Italpali di Altea Giovanni Ciro" ha proposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi.

Non hanno svolto difese gli intimati.

1.1.- Nel termine di cui all'art. 378 c.p.c. parte ricorrente ha depositato memoria con allegata la copia del decreto di chiusura del fallimento e richiesta di cessazione della materia del contendere.

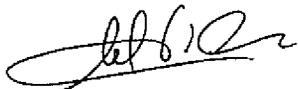


La richiesta non può essere accolta perché secondo la giurisprudenza di questa Corte la chiusura del fallimento non rende improcedibile l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento ed il relativo giudizio continua in contraddittorio anche del curatore, la cui legittimazione non viene meno, in quanto in detto giudizio si discute se il debitore doveva essere dichiarato fallito o meno e perciò se lo stesso curatore doveva essere nominato al suo ufficio (Sez. 1, Sentenza n. 20000 del 14/10/2005).

2.1.- Con il primo motivo il ricorrente denuncia la violazione di norme di diritto (artt. 51 e 158 c.p.c.) nonché la nullità del procedimento, lamentando che la corte di merito abbia respinto la censura relativa al vizio di costituzione del giudice evidenziando che i magistrati del collegio che avevano partecipato alla fase dichiarativa di fallimento non erano stati ricusati, senza considerare, però che la ricusazione, con il meccanismo previsto dall'art. 190 c.p.c., non era possibile e che solo dopo la pubblicazione della sentenza era stato possibile accertare la composizione del collegio.

2.1.1.- Il motivo è infondato.

La sentenza emessa in primo grado nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, ai sensi degli art. 18 e 19 della legge fall. (nel testo previgente,



applicabile "ratione temporis"), dallo stesso collegio che ha provveduto alla dichiarazione di fallimento, non è affetta da nullità per vizio di costituzione del giudice ma, avendo il giudizio di opposizione il carattere e la funzione sostanziale di un giudizio d'impugnazione di secondo grado, integra l'ipotesi di astensione obbligatoria prevista dall'art. 51 n. 4 cod. proc. civ., da far valere esclusivamente mediante tempestiva e rituale istanza di ricusazione formulata ai sensi dell'art. 52 cod. proc. civ. nel corso del procedimento ove si sia verificata l'incompatibilità (Sez. 1, Sentenza n. 10900 del 05/05/2010).

Come precisato da Cass., Sez. Un., 11 marzo 2002, n. 3257, seguita dalla costante giurisprudenza successiva (v., ad es., Sez. 1, Sentenza n. 26223 del 12/12/2014), il potere di ricusazione costituisce un onere per la parte, la quale, se non lo esercita entro il termine all'uopo fissato dall'art. 52 cod. proc. civ., non ha mezzi processuali per far valere il difetto di capacità del giudice; consegue che, in mancanza di ricusazione, la violazione da parte del giudice dell'obbligo di astenersi non può essere fatta valere in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza.

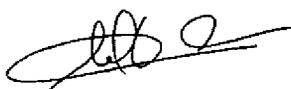
Al riguardo, va rilevato che, ai sensi del menzionato art. 52 c.p.c., comma 2, la proposizione della ricusazione deve



intervenire due giorni prima dell'udienza, se al ricusante è noto il nome dei giudici che sono chiamati a trattare o a decidere la causa, e prima dell'inizio della trattazione o discussione di questa, in caso contrario.

Peraltro, la regola per la quale il motivo di astensione "ex" art. 51, comma primo, n. 4 cod. proc. civ., che la parte non abbia fatto valere in via di ricusazione del giudice a termini dell'art. 52, non può in seguito essere invocato in sede di gravame, non trova deroga in relazione alla deduzione di tardiva conoscenza della composizione del collegio giudicante, tenuto conto che le parti sono in grado di avere tempestiva contezza di tale composizione dal ruolo di udienza e dall'intestazione del verbale di causa ad opera del cancelliere e, quindi, di proporre rituale istanza di ricusazione (Sez. 1, Sentenza n. 12848 del 15/06/2005).

Tale principio - enunciato in relazione a giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento introdotta dopo la riforma processuale del 1990 - va tenuto fermo, posto che a norma dell'art. 113, disp. att. c.p.c., come modificato dalla l. n. 353/1990, <<al principio di ogni trimestre il presidente del tribunale o della sezione determina con decreto i giorni in cui si tengono le camere di consiglio e la composizione dei relativi collegi giudicanti>>, con la precisazione che, <<se alla camera di



consiglio sono chiamati giudici in numero superiore a quello stabilito, il collegio, per ciascuna causa, è formato dal presidente, dal relatore e dal giudice più anziano>>.

Talché, anche prima della camera di consiglio, dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., è ben possibile individuare i magistrati destinati a comporre il collegio.

Nella concreta fattispecie non è dedotto, nel ricorso, che le predette regole di formazione del collegio non siano state osservate.

2.2.- Con il secondo motivo il ricorrente denuncia violazione di norme di diritto (art. 1 l. fall. e 345 c.p.c.) nonché vizio di motivazione e formula - ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., applicabile *ratione temporis* - il seguente quesito: <<se ai fini della qualifica di una società commerciale quale piccolo imprenditore, non assoggettabile al fallimento, debba tenersi in considerazione l'art. 2083 c.c. o il disposto dell'art. 1, comma 1, vecchia formulazione legge fallimentare e se la omessa istruttoria di ufficio in sede pre-fallimentare, con la mancata acquisizione di documenti ed informazioni presso la P.A. e/o Uffici Finanziari, generi nullità della procedura e qualifichi la successiva produzione documentale

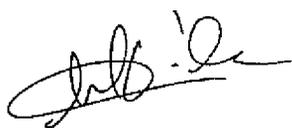


essenziale e decisiva ai fini del giudizio e, quindi, ammissibile in grado di appello>>.

2.2.1.- Il motivo è inammissibile, sia per violazione dell'art. 366 bis c.p.c., avendo il ricorrente formulato in unico contesto il quesito di diritto relativo alla violazione denunciata e la sintesi del fatto controverso relativo al vizio di motivazione (rendendo non distinguibile la parte relativa all'uno o all'altro vizio denunciato) sia per difetto di specificità.

Invero, la corte di merito - come riconosce lo stesso ricorrente (a pag. 25 del ricorso) - ha evidenziato l'«inammissibilità del capo di appello nella parte in cui l'Altea non ha sollevato doglianze avverso le argomentazioni» del tribunale in ordine al requisito soggettivo di fallibilità (essendosi limitato a produrre documenti in violazione dell'art. 345 c.p.c.) e, con il ricorso, non è ritualmente denunciata la violazione dell'art. 342 c.p.c., né, comunque, in esso è trascritto il relativo motivo di appello, sì da consentire alla Corte di accertare se sul punto vi fosse specifica impugnazione.

2.3.- Con il terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione di norme di diritto e la nullità del procedimento per violazione dell'art. 15 l. fall. formulando il seguente quesito: «se il tribunale, nella previgente legislazione fallimentare, in ossequio alle



pronunce del Giudice delle leggi, aveva l'obbligo-dovere di convocare il fallendo in camera di consiglio fissando la data di comparizione per l'audizione senza porre a suo carico incombenze processuali, oneri, spese ed istanze>>.

2.3.1.- Il motivo è infondato.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, invero, l'udienza pre-fallimentare ha la caratteristica peculiare di essere volta all'accertamento dei presupposti del fallimento, dunque, a differenza dell'ordinario procedimento di cognizione, il diritto di difesa del debitore è garantito e tutelato esclusivamente nel momento in cui il tribunale dispone l'audizione del debitore, ovvero gli garantisca la possibilità di far valere le proprie difese anche attraverso la facoltà di presentare scritti difensivi o documenti. A tal proposito, il consolidato indirizzo giurisprudenziale afferma che in tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, il rispetto del diritto di difesa dell'imprenditore può essere assicurato non solo attraverso l'audizione camerale a norma della L. Fall., art. 15, ma anche attraverso attività equipollenti che gli assicurino la possibilità di conoscere e contrastare le ragioni a sostegno delle istanze (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 23718 del 06/11/2014).

Dalla sentenza impugnata si evince che nel decreto del presidente del tribunale era contenuto l'avviso che il



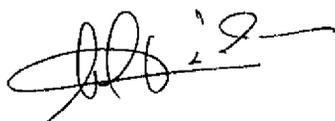
debitore aveva la facoltà di depositare scritti difensivi ovvero di chiedere di essere sentito in camera di consiglio e nessuna di questa facoltà, in concreto, è stata esercitata.

Gli oneri aggiuntivi cui si accenna nel ricorso non emergono dalla pronuncia della corte di merito, sì che si risolvono nella mera negazione di quanto accertato dai giudici del merito.

2.4.- Con il quarto motivo il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 5 l. fall. e <<ammissione mezzi istruttori>>. Formula il seguente quesito: <<se l'accordo stragiudiziale tra il debitore e i creditori, con cui questi ultimi concedono al primo una moratoria nei pagamenti esclude la sussistenza dello stato di insolvenza>>.

2.4.1.- Il motivo è inammissibile perché il quesito (assolutamente generico) si conclude con un riferimento ad accordo di moratoria di cui non vi è alcun cenno nella sentenza impugnata.

Nel motivo, peraltro, neppure è trascritto il capitolo sul quale il ricorrente aveva dedotto interrogatorio formale. L'assunto dell'avvenuta "sistemazione" della pendenza da parte dell'accomandante è stata presa in considerazione dalla Corte di appello, la quale ha definito irrilevante l'accordo stesso, stante la non contestata esigibilità del



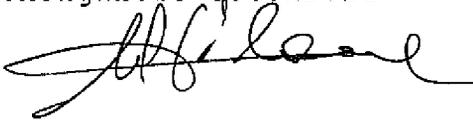
credito dell'istante e i numerosi tentativi della  
creditrice di ottenerne il pagamento.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10  
novembre 2015

Il consigliere estensore



Il Presidente



Depositato in Cancelleria  
- 8 FEB 2016  
Il Funzionario Giudiziario  
Arnaldo CASANO

