



F2673/15

-2673/15

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ALDO CECCHERINI - Presidente -

Dott. ANTONIO DIDONE - Consigliere -

Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO - Rel. Consigliere -

Dott. ANDREA SCALDAFERRI - Consigliere -

Dott. GUIDO MERCOLINO - Consigliere -

Reclamo
avverso
sentenza di
fallimento.
Proponibilità
del ricorso
per
fallimento
pendente
procedura
fallimentare
precedente.
Fattispecie.

R.G.N. 15572/2013

Cron. 2673

ha pronunciato la seguente

Rep. C.F.

SENTENZA

Ud. 02/12/2014

sul ricorso 15572-2013 proposto da:

PU

DODARO FRANCESCO (c.f. DDRFNC65M19D086C),

elettivamente domiciliato in ROMA, VIA SALARIA 259,

presso l'avvocato MARCO PASSALACQUA (STUDIO LEGALE

BONELLI EREDE PAPPALARDO), che lo rappresenta e

difende unitamente agli avvocati GIANLUCA RUBINO,

ANGELO BONETTA, giusta procura in calce al ricorso;

2014

2050

- ricorrente -

contro

CURATELA DEL FALLIMENTO SOCIETA' FINANZIARIA

h

SVILUPPO COMMERCIALE S.P.A. - EUROFIN, in persona del Curatore dott. FERNANDO CALDIERO, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CESARE BECCARIA 88, presso l'avvocato VINCENZO CARIDI, che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso;

SMA S.P.A., già PUNTO FRANCHISING S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA LORENZO MAGALOTTI 15, presso l'avvocato BARBARA MIOLI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANGELO MASTANDREA, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrenti -

contro

SOCIETA' FINANZIARIA SVILUPPO COMMERCIALE S.P.A. -
EUROFIN S.P.A.;

- intimata -

Nonché da:

FINANZIARIA SVILUPPO COMMERCIALE S.P.A. - EUROFIN S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SALARIA 259, presso l'avvocato MARCO PASSALACQUA (STUDIO LEGALE BONELLI EREDE PAPPALARDO), rappresentata e difesa dagli avvocati ALESSANDRA AMANTEA, PIETRO PAOLO FUNARI, giusta procura in

calce al controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

CURATELA DEL FALLIMENTO SOCIETA' FINANZIARIA SVILUPPO COMMERCIALE S.P.A. - EUROFIN, in persona del Curatore dott. FERNANDO CALDIERO, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CESARE BECCARIA 88, presso l'avvocato VINCENZO CARIDI, che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso al ricorso incidentale;

- controricorrente al ricorso incidentale -

contro

DODARO FRANCESCO, SMA S.P.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 686/2013 della CORTE D'APPELLO di CATANZARO, depositata il 21/05/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 02/12/2014 dal Consigliere Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato RUBINO GIANLUCA che ha chiesto l'accoglimento del ricorso principale;

udito, per la controricorrente CURATELA FALLIMENTO EUROFIN, l'Avvocato CARIDI VINCENZO che ha chiesto l'inammissibilità o il rigetto;

h

udito, per la controricorrente SMA S.P.A.,
l'Avvocato MASTANDREA ANGELO che ha chiesto il
rigetto;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. IMMACOLATA ZENO che ha concluso per
l'inammissibilità del primo e secondo motivo del
ricorso principale e rigetto dei restanti; rigetto
degli altri ricorsi.

h

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Cosenza, con sentenza del 19/2/2009, su istanza della SMA s.p.a. (già Punto Franchising s.r.l.) dichiarava il fallimento della Società Finanziaria Sviluppo Commerciale s.p.a. (in sigla, Eurofin s.p.a.); la Corte d'appello di Catanzaro, con sentenza depositata il 13/1/2011, su reclamo della società, nonché della controllante Euro Italia s.r.l. e di Dodaro Francesco, socio di minoranza ed amministratore della Eurofin, revocava la dichiarazione di fallimento.

Il Fallimento e SMA impugnavano detta pronuncia della Corte d'appello sia per revocazione ex art. 395 n. 4 c.p.c. che per ricorso per cassazione; venivano respinte ambedue dette impugnazioni, la prima dalla Corte d'appello con la sentenza depositata il 14/3/2012, e la seconda dalla Corte di cassazione, con l'ordinanza depositata il 15/3/2012.

Il 22 maggio 2012, SMA s.p.a. depositava una nuova istanza di fallimento; il 31 maggio 2012, il Tribunale di Cosenza, nella medesima composizione, emetteva due distinti decreti: su istanza di Eurofin del 17/5/2012 (si trattava della terza istanza, essendo state le prime due rigettate), disponeva la restituzione a detta società del complesso aziendale, per la chiusura, stante la revoca, del primo fallimento; su istanza di SMA ex art. 15, 8° comma, l.f., sospendeva dalla carica sino alla decisione

sull'istanza di fallimento l'amministratore p.t. della società, nominando con effetto immediato il dott. Maurizio Napolitano come amministratore provvisorio e conferendogli ogni potere di gestione di ordinaria amministrazione della società e delle aziende in possesso della stessa, e di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del Tribunale.

Con sentenza depositata il 25/7/2012, il Tribunale dichiarava il fallimento di Eurofin.

Proponevano reclamo con separati atti la società Eurofin, Euro Italia s.r.l., socia di maggioranza e controllante della fallita, e Dodaro Francesco, amministratore unico e socio di minoranza di Eurofin.

La Corte d'appello di Catanzaro, con sentenza depositata in data 21 maggio 2013, ha respinto i ricorsi riuniti e condannato i reclamanti alle spese.

Nello specifico, la Corte territoriale, valutando *in primis* le censure in rito, ha ritenuto non rilevanti le contestazioni relative alla validità e ritualità del provvedimento cautelare, per essere il provvedimento assorbito nella sentenza e produttivo di effetti solo *medio tempore*, ad eccezione delle sole doglianze prospettate come determinanti la violazione del contraddittorio, sul rilievo che il Tribunale, con la

sostituzione dell'amministratore, si sarebbe "scelto il contraddittore".

A riguardo, ha rilevato che tale sostituzione non aveva escluso il soggetto legittimato, ovvero la società, che l'amministratore era stato posto in grado di svolgere tutte le difese e di produrre copiosa documentazione, ed ha concluso per l' estraneità alla materia del contendere della delibazione richiesta ai fini della validità dell'azione giudiziaria intrapresa dal Dodaro, quale amministratore di Eurofin, nel periodo tra la sospensione dalla carica e la dichiarazione di fallimento, anche avuto riguardo alle domande risarcitorie avanzate in giudizio dai reclamanti.

Quanto alla vera questione preliminare della inammissibilità/ improponibilità della seconda istanza di fallimento del 22 maggio 2012, siccome proposta durante la pendenza del termine per proporre impugnazione avverso la sentenza della Corte d'appello 229/2012, di rigetto della revocazione della sentenza di revoca del fallimento, la Corte d'appello ha evidenziato che:

solo l'identità della questione trattata è rilevante al fine di regolamentare i rapporti tra le due procedure, ed in ogni caso, la preclusione da giudicato non precluderebbe la proposizione della mera domanda di fallimento:

n

l'unica conseguenza che può derivare dalla definitività della revoca della sentenza di fallimento, che tiene luogo del rigetto dell'istanza (che non comporta preclusione da giudicato ma solo ma di mero fatto), è l'impossibilità di riesaminare le condizioni di insolvenza per come consolidate alla data della pronuncia revocata, nei termini peraltro delle condizioni ivi esaminate;

come evidenziato dalla Corte d'appello nella sentenza di revoca, la delibazione si fermava alla data della sentenza di fallimento, nè riguardava i fatti sopravvenuti;

la seconda istanza di fallimento era basata su fatti non esaminati e non conosciuti né verificatisi alla data della sentenza della Corte d'appello di revoca del fallimento e dell'ordinanza della Cassazione del 15 marzo 2012.

E' stata pertanto respinta l'eccezione di formazione del giudicato sulla condizione di insolvenza di Eurofin e di nullità della sentenza del Tribunale di Cosenza per violazione del *ne bis in idem*.

Quanto alle doglianze relative alla illegittima composizione del collegio per ricorrere motivi di astensione obbligatoria che avrebbero dovuto determinare l'accoglimento della ricusazione proposta dalle parti, la Corte del merito, premesso che l'eventuale conseguente vizio della sentenza non avrebbe determinato la rimessione

h

al primo Giudice, stante la tassatività dei casi di rimessione ex artt.353 e 354 c.p.c., ha rilevato:

che nessuno dei reclami contestava le ragioni esposte nel provvedimento;

che, in ogni caso, il Tribunale si era espresso sulle circostanze invocate nei confronti della dott. Goggiamani e del dott. Greco ritenendo che, non palesandosi la macroscopica devianza o grossolana violazione dei principi giuridici, indicativa di un esercizio della giurisdizione volto a danneggiare la parte per ragioni di ostilità, le censure restavano rimesse alla sede propria del riesame, osservando che non si manifestava nei provvedimenti il sintomo di tale indimostrato sentimento, e che anzi gli stessi riflettevano il fine perseguito dal Tribunale, ovvero la tutela della massa dei creditori.

Nel merito, ha ritenuto lo stato di insolvenza, rilevando la pluralità dei creditori, con crediti consistenti, oltre alla SMA; il sostanziale svuotamento dell'attività, gestita solo attraverso l'affitto di rami d'azienda (affitto concesso con compensazione dei canoni, a pagamento di credito asserito in atti da Euro Italia, di circa 2 milioni di euro), i cui introiti costituivano la sola posta attiva della società; il venir meno della aspettative di rientro legate alla riscossione di crediti iscritti in bilancio; l'esiguità della liquidità

rinvenuta nella contestuale assenza di disponibilità bancarie e di beni di valore adeguato alle passività.

Avverso detta pronuncia ricorre il Dodaro, sulla base di cinque motivi.

Si difende con controricorso Eurofin, ed avanza ricorso incidentale sulla base di tre motivi.

Anche Euro Italia s.r.l. propone ricorso, da ritenersi incidentale, sulla base di tre motivi.

Si difendono con separati controricorsi SMA ed il Fallimento, che ha anche depositato controricorsi ai due ricorsi incidentali.

Tutte le parti hanno depositato le memorie ex art.378 c.p.c.

Motivi della decisione

1.1.- I ricorsi principale ed incidentali sono stati già riuniti. Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale della società, in quanto tardivamente proposto, non potendosi, secondo il Fallimento, applicare i termini previsti dall'art.334 c.p.c. per l'impugnazione incidentale tardiva, trattandosi non di ricorso incidentale in senso proprio, ma adesivo al ricorso principale.

L'eccezione è fondata, alla stregua dell'orientamento seguito, tra le altre, nelle pronunce 1610/2008, 6807/2007 e 6284/2008, secondo cui la disciplina dell'art. 334 c. p.

c. - che consente l'impugnazione incidentale tardiva nei confronti di qualsiasi capo della sentenza impugnata "ex adverso" (per svolgere, cioè, ragioni di impugnazione ulteriori, anche se, eventualmente, comuni alla posizione della parte impugnante in via principale) - è applicabile solo all'impugnazione incidentale in senso stretto, che si identifica con quella proveniente dalla parte contro la quale è stata proposta l'impugnazione principale o che sia stata chiamata ad integrare il contraddittorio, ai sensi dell'art. 331 c. p. c., e non è, pertanto, estensibile all'impugnazione incidentale di tipo adesivo (ossia a quella diretta a chiedere la riforma della sentenza per gli stessi motivi già fatti valere con l'impugnazione principale), che resta soggetta ai termini ordinari (in senso conforme, la successiva pronuncia .

Nella specie, risulta, per quanto documentato dalla difesa del Fallimento, che la sentenza impugnata è stata comunicata a mezzo PEC dalla cancelleria della Corte d'appello il 21/5/2013, e quindi alla data del 5/8/2013, di richiesta da parte della società della notifica del controricorso con ricorso incidentale, era scaduto il termine perentorio di gg. 30 per il ricorso per cassazione, ex art. 18,14° comma l.f.

1.2.- Col primo mezzo del ricorso principale, il Dodaro denuncia il vizio di nullità della sentenza ex art.360 n.4

c.p.c., per violazione dell'art.112 c.p.c, sostenendo che la Corte d'appello avrebbe "omesso di pronunciarsi-con motivazione puramente apparente- sul motivo di gravame relativo all'omessa pronuncia del Tribunale sulla inefficacia ovvero revoca della misura cautelare, espressamente richiesta ...già in sede di comparsa di risposta in sede di istruttoria pre-fallimentare".

2.2.- Va *in primis* ritenuto inammissibile il richiamo alla motivazione apparente come vizio della pronuncia, atteso che detta censura è inconciliabile con il vizio ex art.360 n.4 c.p.c., ed è da denunciarsi quale vizio di motivazione ex art.360 n.5 c.p.c.

Nel resto, e valutando la censura avanzata nel suo nucleo essenziale, deve concludersi per l'insussistenza del vizio denunciato ex art.360 n.4 c.p.c.

Ed infatti, non può addebitarsi alla Corte del merito la mancata pronuncia in relazione alla doglianza fatta valere dal Dodaro nel reclamo, relativa all'omessa pronuncia da parte del Tribunale in merito alla conferma o revoca del provvedimento cautelare, atteso che la Corte catanzarese ha ampiamente esposto le ragioni per cui ha ritenuto irrilevante la questione, siccome assorbito il provvedimento nella sentenza di fallimento, e l'ha comunque valutata anche nel merito.

Detta Corte, infatti, ha tenuto conto del profilo della violazione del contraddittorio, quanto alla società, e, considerata la specifica prospettazione del Dodaro (intesa a far valere le ricadute della valutazione sul provvedimento cautelare, sotto il profilo della legittimazione, sui due giudizi dallo stesso proposti *medio tempore*), ha concluso per l'estraneità alla materia del contendere della valutazione dell'illegittimità in sé del provvedimento cautelare ex art.15, 8° comma 1.f.

E nei confronti di detta specifica argomentazione, il ricorrente principale non ha esposta alcuna critica, limitandosi a reiterare la sussistenza del proprio interesse alla questione.

1.3.- Col secondo motivo, il Dodaro si duole del vizio ex art.360 n.3 c.p.c., sostenendo la violazione dell'art.15,8° comma 1.f.

La parte sostiene di avere posto a fondamento della domanda ex art.96 c.p.c., diversamente da come ritenuto dalla Corte di merito, proprio la valutazione della validità ed efficacia del provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore, su cui il Tribunale avrebbe dovuto pronunciarsi esplicitamente stante il chiaro disposto di cui all'art.15, 8° comma 1.f. e che la Corte d'appello ha di fatto finito con il ritenere precluso il



riesame del provvedimento cautelare in esame, da cui anche la violazione dell'art.111 Cost.

2.3.- Il motivo è infondato.

V'è da rilevare che la norma che la parte sostiene violata disciplina esplicitamente il regime dei "provvedimenti cautelari o conservativi del patrimonio o dell'impresa", prevedendo che gli stessi hanno "efficacia limitata alla durata del procedimento" e disponendone la conferma o revoca con la sentenza che dichiara il fallimento, ovvero la revoca con il decreto che rigetta l'istanza.

Nel caso di specie, la dichiarazione di fallimento da parte del Tribunale, confermativa delle ragioni a base del provvedimento cautelare, escludeva di per sé la possibilità di condannare per responsabilità aggravata il creditore istante, di talchè la violazione che la parte insiste nel sostenere di avere subito è meramente formale, ponendo in termini in realtà astratti la necessità che il Tribunale si dovesse pronunciare sulla conferma o revoca del provvedimento.

Né la Corte d'appello ha sostenuto che non rientrasse nell'ambito del reclamo la rivalutazione del provvedimento cautelare, tant'è che ha esaminato i profili di merito, come prospettati nel caso dal Dodaro.

V'è infine da rilevare che, ove fondata, la censura non avrebbe determinato la rimessione al primo grado, ma solo



la decisione sul punto da parte del Giudice del reclamo, senza il filtro dei motivi di impugnazione, che nella specie vi è stata.

1.4.- Col terzo motivo del ricorso principale(di denuncia dei vizi ex art.360 nn.3, 4 e 5 c.p.c.) e col secondo motivo del ricorso incidentale di Euro Italia s.p.a.(di denuncia dei vizi ex art.360 nn. 3 e 4 c.p.c.), le parti si dolgono dell' irregolare costituzione del giudice, stante la presenza nel collegio del Tribunale di due giudici nei cui confronti era stata presentata istanza di ricusazione, respinta.

Il Dodaro oppone *in primis* all'affermazione della Corte del merito, che non erano state censurate le valutazioni del Tribunale nell'ordinanza che ha deciso sulla ricusazione, di avere invece censurato detti rilievi nel reclamo, facendo valere in ogni caso la natura devolutiva del reclamo.

La censura è inammissibile, perché la Corte d'appello, dopo l'iniziale affermazione in relazione alla carenza di tutti i reclami, ha svolto ampia motivazione sul merito della doglianza, come reso palese dallo stesso *incipit* dell'ultimo cpv. di pagina 22 della sentenza ("Anche a tacere dei profili di inammissibilità che minano la doglianza, ...").

La valutazione nel merito assorbe la censura fatta valere dal Dodaro, in relazione alla natura del reclamo.

Quanto all'ulteriore profilo del vizio di motivazione ed agli ulteriori vizi nn.3 e 4 c.p.c. fatti valere dal Dodaro e da Euro Italia, si deve rilevare l'inammissibilità nel presente giudizio di fatti e della produzione di documenti nuovi che le parti hanno inteso far valere.

In particolare, le parti sostengono che, contrariamente all'assunto della Corte d'appello, risulta presentata l'8/11/2008 dal dott. Greco denuncia-querela per uno dei fatti dedotti dal Dodaro tra i motivi di grave inimicizia (pubblicazione sul Quotidiano della Calabria di notizia di cronaca) e che la dott. Goggiamani si è astenuta nel giudizio di rendiconto relativo alla prima procedura fallimentare " in ragione della propria determinazione a costituirsi per difendersi nel presentato giudizio di responsabilità ex l.117/1988", e negli altri giudizi in cui sono parti Euro Italia o le società in cui è amministratore o comunque partecipate dal Dodaro.

Le parti hanno anche aggiunto la posizione dell'altro componente del Tribunale, dott. Di Pede, ed il Dodaro ha inteso produrre, successivamente al ricorso, il decreto della Corte d'appello di Salerno n.237 del 2014 sull'azione di responsabilità ex l.117/1988 e la sentenza

della Corte d'appello di Catanzaro n.1814 del 2013, che ha definito il giudizio di revocazione fatto valere da Eurofin, Euro Italia e dallo stesso Dodaro, avverso la sentenza della Corte d'appello di Catanzaro 686/2013, oggetto di impugnazione nel presente giudizio di legittimità.

Sgombrato rapidamente il campo da quei fatti meramente esposti e a supporto dei quali non sono stati neppure prodotti documenti, la questione della producibilità in questa sede dei documenti nuovi si pone ex art.372 c.p.c. in relazione all'ipotizzata nullità della sentenza.

Va premesso a riguardo che nella specie, il vizio denunciato attiene non già alla nullità diretta della sentenza della impugnata, ma alla nullità mediata, per effetto del vizio della sentenza del Tribunale ex art.158 c.p.c.

Secondo l'orientamento riaffermato di recente nella pronuncia 15073/2014, le ipotesi di nullità della sentenza che consentono, ex art. 372 c. p. c., la produzione di nuovi documenti in sede di giudizio di legittimità sono limitate a quelle derivanti da vizi propri dell'atto per mancanza dei suoi requisiti essenziali di sostanza e di forma, e non si estendono, pertanto, a quelle originate, in via riflessa o mediata, da vizi del procedimento quale

la pretesa irregolare costituzione del rapporto processuale (e vedi anche la precedente ^{Monica} 23026/2006).

Né può essere invocata dai ricorrenti la sentenza 7515/2011, atteso che la stessa ha richiamato l'orientamento che ammette la produzione di documenti nuovi ex art. 372 c.p.c. anche per i casi di nullità della sentenza derivanti in via riflessa da vizi del procedimento, in relazione allo specifico caso di nullità derivante dalla inesistenza o nullità della notificazione della citazione introduttiva nei casi in cui la sentenza sia impugnabile solo con il ricorso per cassazione, in quanto in questi casi, la produzione di documenti costituisce l'unico modo per dimostrare, con il vizio del procedimento, la nullità della sentenza, per cui il divieto di produzione di nuovi documenti si tradurrebbe in una ingiustificata limitazione del diritto di difesa della parte (in tal senso, Cass. 23576/04, 13011/06, 13535/07, 3373/09).

E' chiara la differenza col caso in oggetto, nel quale l'ipotizzata nullità si sarebbe determinata nel grado anteriore alla sentenza impugnata; ne consegue l'inammissibilità delle produzioni nuove.

Ciò posto, si deve rilevare che la Corte d'appello ha reso corretta applicazione dell'art. 51 n.3 c.p.c., argomentando in modo congruo le proprie conclusioni.

Sull'interpretazione dell'art.51 n.3 c.p.c., le Sezioni unite si sono espresse nel senso di ritenere che la "grave inimicizia" del giudice nei confronti della parte non può, in linea di principio, originare dall'attività giurisdizionale del magistrato, se non in presenza di situazioni, eccezionali e patologiche, di violazione grossolana e macroscopica di principi giuridici, indicativa di un esercizio della giurisdizione volto al perseguimento dello scopo di danneggiare la parte per ragioni di ostilità, ma si riferisce a rapporti estranei al processo, in particolare alla presenza di ragioni di rancore o di avversione pregiudicanti l'imparzialità del giudice; ne consegue che non è configurabile il detto motivo di astensione - ricusazione per il semplice fatto che, in cause similari riguardanti la stessa parte, il giudice abbia emesso, o concorso ad emettere, decisioni ad essa sfavorevoli.

E tra le ultime, l'ordinanza 24934/2014, alla stregua di detto principio, ha ritenuto che non costituisce grave inimicizia, né espressione o anticipazione di giudizio sul merito della controversia e neppure cognizione di essa in altro grado la pronunzia di precedenti provvedimenti sfavorevoli, quand'anche ritenuti erronei o manifestamente tali, resi in procedimenti separati o connessi in danno della medesima parte, ove non si alleggi e si provi

l'esistenza di ragioni di rancore o di avversione diverse ed esterne alla causa, che si fondino su dati di fatto concreti e precisi, estranei alla realtà processuale ed autonomi rispetto ad essa, potendo quest'ultima costituire unicamente un elemento sintomatico della sussistenza del presupposto di fatto rilevante per la ricusazione.

La Corte d'appello ha valutato gli elementi probatori agli atti alla stregua del principio sopra richiamato, di talchè la diversa valutazione dei fatti prospettata dalle parti è inammissibile, risolvendosi nella semplice contrapposizione della propria interpretazione dei fatti rispetto a quella del Giudice del merito.

1.5.- Il Dodaro col quarto motivo ed Euro Italia con il primo, censurano la sentenza ex art.360 nn.3 e n.5 (il Dodaro, anche ex art.360 n.4 c.p.c.), per non essersi la Corte d'appello pronunciata sull'eccezione di inammissibilità dell'istanza di fallimento presentata pendente il primo fallimento, chiuso solo col decreto del 31/5/2012.

Le parti sostengono che il passaggio in giudicato della sentenza 229/2012 non ha comportato automaticamente la chiusura del fallimento, mancando il decreto ex art.119 l.f., intervenuto solo il 31/5/2012, di talchè sono stati violati dalla Corte del merito gli artt.119 e 120 l.f. nel ritenere che SMA avesse reso acquiescenza alla decisione

di reiezione della revocazione ex art.395 c.p.c. e che il creditore potesse agire contro il fallito *in bonis*, prima del decreto ex art. 119 l.f.

2.5.- V'è rapidamente da ritenere l'inammissibilità del vizio prospettato ex art.112 c.p.c., atteso che la Corte d'appello si è pronunciata sulla questione della proponibilità della seconda istanza di fallimento, respingendola, di talchè non è configurabile l'ipotizzata omissione di pronuncia sull'ulteriore argomentazione fatta valere a fondamento dell'eccezione.

La questione che i ricorrenti pongono, nel suo nucleo essenziale, è se, prima del decreto di chiusura del fallimento o, meglio, prima della decorrenza del termine per proporre reclamo avverso il decreto di chiusura, ex art. 119 l.f., possa presentarsi da parte di un creditore una seconda richiesta di fallimento.

Secondo le parti, atteso che solo col decreto di chiusura ex art.120 l.f. cessano gli effetti del fallimento, ed ai sensi del terzo comma di detta norma, "i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore...", nessun creditore avrebbe potuto agire verso la Eurofin, né il comportamento della creditrice SMA avrebbe potuto assumere valore di acquiescenza ad una pronuncia giudiziale neppure pronunciata.

A detta tesi non può prestarsi adesione.

L'art. 120, 3° comma l.f. si riferisce alle azioni individuali, e di certo l'istanza di fallimento nella disciplina fallimentare riformata, che qui si applica (e che attenta dottrina ha qualificato come "motore essenziale" della fase prefallimentare, che deve persistere per tutta la durata del procedimento, pena una pronuncia di mero rito) non può parificarsi ad una domanda giudiziale in senso proprio, per la specifica finalità dell'istanza in oggetto, a cui sono correlati i limiti della cognizione giudiziale, da cui è escluso l'accertamento su quel credito.

Come efficacemente sostenuto in dottrina, l'iniziativa del creditore si palesa nel suo contenuto proprio di azione a contenuto meramente processuale, intesa a pervenire alla declaratoria di fallimento.

E, in via ancora più tranciante, basterebbe rilevare come la procedura fallimentare in quanto concorsuale è per definizione l'esatto opposto dell'azione individuale.

Il caso di specie impone peraltro un'ulteriore riflessione, atteso che ci si può interrogare se la proposizione dell'istanza di fallimento prima del decreto di chiusura comporti pronuncia di improponibilità o improcedibilità da parte del Tribunale.

Ciò posto, si deve rilevare che non v'è alcuna norma che impedisca la proposizione di una seconda istanza di

fallimento (basata su fatti rivelatori di insolvenza successivi a quelli del primo fallimento, come ritenuto dalla Corte d'appello), ancor prima della chiusura del primo fallimento, provvedimento che effettivamente occorreva anche nel caso, ex art.119, ultimo comma, l.f.; l'essere ancora in vita il primo fallimento avrebbe potuto spiegare effetto preclusivo solo ove tale situazione fosse stata sussistente alla data della pronuncia sulla seconda istanza ex art.6 l.f.

Ed infatti, le condizioni per la pronuncia di fallimento, nel caso l'insolvenza, sono verificate come sussistenti alla data della sentenza, quali condizioni dell'azione e non già del procedimento.

Ne consegue l'infondatezza della tesi di fondo dei ricorrenti e, quanto al vizio di motivazione, la reiezione della censura consegue pianamente al rilievo di non decisività del "fatto" il cui esame sarebbe stato in tesi omesso, ex art.360 n.5 nel testo applicabile come sostituito dall'art.54, 1° comma lett.b) del d.l. 83/2012, convertito con modificazioni nella l. 134/2012.

Su detta norma, si richiama l'orientamento delle Sezioni unite nella pronuncia 8053/2014, secondo cui la riformulazione deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di

legittimità sulla motivazione. Pertanto, è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali; tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione.

In chiusura della valutazione del motivo inteso a far valere il vizio ex art.360 n.3 c.p.c. può enunciarsi il seguente principio di diritto: "Nel caso in cui, revocata la dichiarazione di fallimento, non sia stato emesso il decreto di chiusura ex art. 119 l.f., la presentazione della successiva istanza di fallimento, basata sulla prospettazione di fatti intervenuti rivelatori di insolvenza del debitore, non è di per sé preclusa, spettando al Tribunale, in sede di decisione, verificare se sia stato *medio tempore* emesso il decreto di chiusura del primo fallimento, al fine di ritenere esaminabile nel

merito la ricorrenza degli elementi costitutivi della pronuncia di fallimento.”

1.6.- Col quinto motivo del ricorso principale e col terzo del ricorso incidentale di Euro Italia, viene censurata la pronuncia per vizio ex art.360 n.3 c.p.c., in relazione al ritenuto stato di insolvenza.

2.6.- I motivi presentano profili di inammissibilità ed infondatezza.

Le parti specificamente affrontano i passaggi motivazionali della Corte d'appello sul punto: è di chiara evidenza come in tal modo, le parti intendano censurare la valutazione di merito propria della Corte d'appello ed a questa riservata.

Il solo profilo riguardante in tesi il vizio ex art.360 n.3 c.p.c. è relativo alla contestazione del credito della SMA, ma, per costante giurisprudenza, il credito contestato non esclude l'insolvenza (tra le tante, le pronunce delle Sezioni unite, 1997/2003 e 115/2001).

1.7.- Conclusivamente, il ricorso va respinto.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale ed il ricorso incidentale di Euro Italia s.r.l.; dichiara inammissibile il ricorso della Eurofin s.p.a.; condanna il ricorrente

principale e le ricorrenti incidentali alle spese a favore di ciascuna delle controparti, liquidate per ciascuna parte in euro 12.200,00, di cui euro 200,00 per esborsi; oltre spese forfettarie ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art.13 comma 1 *quater* del d.p.r. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale e delle ricorrenti incidentali, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso principale ed i ricorsi incidentali, a norma dell'art. 1 bis dello stesso art.13.

Così deciso in Roma, in data 2 dicembre 2014

Il Presidente

Il Consigliere est.

R. M. Di Virgilio

