Civile Ord. Sez. 1 Num. 1898 Anno 2018
Presidente: NAPPI ANIELLO
Relatore: MERCOLINO GUIDO
Data pubblicazione: 25/01/2018

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 15222/2012 R.G. proposto da

[redacted]n persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. [redacted] con domicilio eletto in [redacted], presso [redacted]e;

– ricorrente –

contro

[redacted]., in persona del presidente p.t., in qualità di assuntrice del concordato fallimentare della [redacted] rappresentata e difesa dagl[redacted] con domicilio eletto [redacted]

– controricorrente –

e

[redacted]A.;

ORD
795
2012

– intimato –

avverso la sentenza della Corte d'appello di Campobasso n. 269/11 depositata il 23 dicembre 2011.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 11 luglio 2017 dal Consigliere Guido Mercolino.

FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza del 12 novembre 2009, il Tribunale di Campobasso rigettò l'opposizione proposta dalla Regione [redacted] avverso lo stato passivo del fallimento de [redacted] avente ad oggetto l'ammissione al passivo in via ipotecaria di un credito di Lire 1.000.000.000, già ammesso al passivo in via chirografaria, a titolo di restituzione di un finanziamento erogato ai sensi delle leggi regionali 7 novembre 2003, n. 28, 9 gennaio 2004, n. 4 e 3 febbraio 2004, n. 6.

2. L'impugnazione proposta dalla Regione è stata rigettata dalla Corte d'appello di Campobasso con sentenza del 23 dicembre 2011.

Premesso che nel costituirsi in appello il curatore aveva riproposto l'eccezione d'improcedibilità dell'opposizione, sollevata in primo grado ai sensi dell'art. 98, terzo comma, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, ed escluso che a tal fine fosse necessaria la proposizione dell'appello incidentale, la Corte ha rilevato che nel costituirsi in primo grado la Regione aveva omesso di depositare copia del ricorso notificato e dei documenti giustificativi del credito, essendosi limitata a richiamare i documenti allegati all'istanza d'insinuazione al passivo. Ha escluso che ai fini della costituzione risultasse sufficiente il deposito del ricorso introduttivo e della procura *ad litem*, osservando che, a differenza degli altri procedimenti introdotti con ricorso, l'opposizione allo stato passivo, in mancanza di un'espressa previsione, mutua il suo regime dalla norma ordinaria di cui all'art. 165 cod. proc. civ., in virtù della quale il ricorrente deve, a pena di decadenza, inserire nel fascicolo, almeno cinque giorni prima dell'udienza fissata, la copia del ricorso recante il pedissequo decreto del giudice delegato, corredata dalla relata di notifica, e i documenti giustificativi del credito.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

3. Avverso la predetta sentenza la Regione ha proposto ricorso per cassazione, per quattro motivi. Ha resistito con controricorso [redacted] in qualità di assuntrice del concordato fallimentare de [redacted] Il curatore del fallimento non ha svolto attività difensiva.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 100, 112, 113, 329, 333, 343 e 346 cod. proc. civ., sostenendo che, nell'accogliere l'eccezione d'improcedibilità dell'opposizione proposta dal curatore del fallimento, la sentenza impugnata ha erroneamente ritenuto che la stessa potesse essere riproposta in appello ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ., in quanto, avendola il Tribunale espressamente disattesa, mediante un capo autonomo e distinto della sentenza, la questione avrebbe dovuto essere riproposta con l'appello incidentale.

2. Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 100, 101, 112, 183, 189, 434 e 437 cod. proc. civ., osservando che, nel rilevare la mancata allegazione al ricorso introduttivo dei documenti giustificativi del credito, la Corte distrettuale ha posto a fondamento della decisione una circostanza non eccepita in primo grado e non richiamata in appello neppure ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ., ma fatta valere soltanto nella memoria di replica depositata nel giudizio di secondo grado. Premesso infatti che in primo grado il curatore si era limitato ad eccepire il mancato deposito della copia notificata del ricorso introduttivo, sostiene che tale eccezione, genericamente riproposta in appello, non poteva considerarsi idonea ad estendere il *thema decidendum* oltre i limiti fissati nel giudizio di primo grado. Con la memoria di replica, il curatore ha invece introdotto un nuovo tema d'indagine, in ordine al quale la sentenza impugnata non avrebbe potuto pronunciarsi, in quanto, oltre a risultare estraneo ai motivi d'impugnazione, non era stato ritualmente dedotto né acquisito al processo come oggetto del contraddittorio.

3. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta la violazione e la falsa applicazione degli artt. 100, 101, 112 e 189 cod. proc. civ., anche in relazione

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

all'art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ., rilevando che, nel dichiarare improcedibile l'opposizione, per la mancata allegazione dei documenti giustificativi del credito, la sentenza impugnata ha dato atto che gli stessi erano stati richiamati nel ricorso, con la conseguenza che il giudice avrebbe potuto disporne d'ufficio l'acquisizione, senza incorrere in violazione del contraddittorio o lesione del diritto di difesa, dal momento che il giudizio di opposizione allo stato passivo costituisce la prosecuzione del procedimento di verificazione del passivo.

4. Con il quarto motivo, la ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 165 cod. pen. e dell'art. 98 della legge fall., affermando che, nel dichiarare improcedibile l'opposizione, per la mancata allegazione al ricorso della copia notificata al curatore, la sentenza impugnata ha introdotto una sanzione non prevista dalla legge. Nei procedimenti che hanno inizio con ricorso, il rapporto tra la parte ed il giudice s'instaura infatti anteriormente a quello tra le parti, con la conseguenza che la verifica della corretta instaurazione del contraddittorio deve aver luogo non già al momento della costituzione dell'attore, ma in udienza; in tali procedimenti, non può quindi trovare applicazione l'art. 165 cod. proc. civ., il quale, d'altronde, non subordina la costituzione dell'attore alla prova dell'avvenuta notificazione dell'atto di citazione, la cui verifica assume rilievo ai soli fini di cui all'art. 307 cod. proc. civ. In mancanza di una norma che espressamente la preveda come causa di decadenza o improcedibilità dell'opposizione, la mancata allegazione della copia del ricorso notificato si traduce pertanto in una mera irregolarità, che non arreca alcuna lesione sostanziale ai diritti della controparte.

5. Il ricorso è infondato.

Nel ritenere sufficiente, ai fini della riproposizione in appello dell'eccezione d'improcedibilità della domanda, l'insistenza sulla relativa questione nella comparsa di costituzione dell'appellata, la sentenza impugnata ha richiamato un orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'art. 346 cod. proc. civ., che consente all'appellato di richiamare in discussione le «eccezioni non accolte dalla sentenza di primo grado», si riferisce non solo a quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ma anche a quelle esplicitamente disattese, qualora l'eccezione mirasse a paralizzare una domanda comunque respinta per altre ragioni, con la conseguenza che la parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, ove intenda riproporre le predette eccezioni in sede di gravame, non ha l'onere di proporre appello incidentale, difettando di interesse al riguardo, ma è tenuta soltanto a richiamarle espressamente, in modo tale da manifestare la sua volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia che il medesimo art. 346 cod. proc. civ. ricollega al comportamento omissivo dell'appellato (cfr. da ultimo, Cass., Sez. lav., 28/11/2016, n. 24124; 28/08/ 2013, n. 19828; Cass., Sez. I, 26/11/2010, n. 24021).

A tale indirizzo, molto diffuso fino ad epoca recente, se ne contrapponeva tuttavia un altro, che, in riferimento alla medesima ipotesi, e segnatamente alle eccezioni pregiudiziali, riteneva necessaria la proposizione dello appello incidentale, in virtù della considerazione che la disposizione dettata dall'art. 346 cod. proc. civ. si riferisce esclusivamente alle domande o alle eccezioni autonome sulle quali non vi sia stata decisione, nonché a quelle non autonome ed interne al capo di domanda deciso, e non può quindi essere estesa a domande o eccezioni autonome espressamente e motivatamente respinte, rispetto alle quali trova invece applicazione la previsione dello art. 329 cod. proc. civ., ai sensi del quale, in assenza di puntuale impugnazione della decisione, opera la presunzione di acquiescenza (cfr. Cass., Sez. Un., 16/ 10/2008, n. 24256; Cass., Sez. I, 13/05/2016, n. 9889; Cass., Sez. III, 14/03/2013, n. 6550).

Quest'ultimo orientamento è stato fatto proprio da due recenti pronunce delle Sezioni Unite, che, a composizione del contrasto di giurisprudenza, hanno confermato, per le eccezioni espressamente o implicitamente disattese, l'insufficienza della riproposizione nelle forme di cui all'art. 346 cod. proc. civ., ribadendo la necessità dell'appello incidentale, ed estendendo l'ambito applicativo di tale principio anche alle eccezioni di merito. E' stato infatti chiarito che con il termine «riproposizione» il legislatore ha inteso alludere alla prospettazione in appello di domande ed eccezioni che in tanto possono essere reiterate negli stessi termini in cui erano state avanzate dinanzi al primo giudice, in quanto sono state da quel giudice «non accolte»,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ma senza che egli le abbia considerate espressamente o implicitamente nella sua motivazione, e dunque senza che le valutazioni su di esse abbiano potuto determinare il contenuto della decisione e senza che l'omissione della pronuncia su di esse abbia giuocato un ruolo nella determinazione della decisione, occorrendo altrimenti la formulazione di una critica alla decisione impugnata, e dunque la proposizione dell'appello incidentale (cfr. Cass., Sez. Un., 19/04/2016, n. 7700; 12/05/2017, n. 11799).

Nella specie, la necessità dell'appello incidentale emergeva dalla motivazione della sentenza di primo grado, che, nel rigettare l'opposizione allo stato passivo, non si era limitata a verificare la fondatezza della pretesa avanzata con l'istanza d'insinuazione al passivo, ma aveva specificamente esaminato l'eccezione d'improcedibilità del ricorso sollevata dal curatore nella fase di trattazione della causa, disattendendola: non può pertanto condividersi la sentenza impugnata, nella parte in cui, dato atto dell'avvenuto richiamo della questione pregiudiziale nella comparsa di costituzione dello appellato, ha ritenuto di poterla riesaminare, nonostante la mancata proposizione dell'appello incidentale, pervenendo, sul punto, a conclusioni opposte a quelle risultanti dalla sentenza di primo grado.

6. Restano conseguentemente assorbite le considerazioni svolte dalla ricorrente in ordine alle modalità d'instaurazione del rapporto tra l'attore ed il giudice nei procedimenti che hanno inizio con ricorso ed alla conseguente inapplicabilità dell'art. 165 cod. proc. civ. nel giudizio di opposizione allo stato passivo, nonché alla natura del vizio derivante dalla mancata dimostrazione dell'avvenuta costituzione del contraddittorio ed alla sanzione ricollegabile a tale inadempimento.

7. L'eccezione proposta in primo grado dal curatore si riferiva peraltro esclusivamente al mancato deposito della copia notificata del ricorso introduttivo, e non anche a quello dei documenti giustificativi del credito, la cui mancata allegazione al ricorso non poteva considerarsi preclusa in sede di gravame, trattandosi di una questione che, in quanto concernente l'adempimento degli oneri cui l'art. 98, terzo comma, della legge fall. (nel testo, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, anteriore alle modificazioni introdotte dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) subordina la pronuncia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

sul merito dell'opposizione, era rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, con il solo limite del giudicato interno, nella specie non configurabile, dal momento che la sentenza di primo grado non recava alcuna statuizione al riguardo. La circostanza che, a differenza di quella riguardante il deposito della copia notificata del ricorso, la questione concernente la produzione dei documenti non avesse costituito oggetto di esame da parte del Giudice di primo grado consente infatti di escludere che l'inadempimento del relativo onere dovesse essere fatto valere con l'appello incidentale; la rilevabilità d'ufficio di tale inadempimento, relegando la relativa deduzione al rango di mera difesa, volta a sollecitare l'esercizio del potere ufficioso spettante al Giudice di secondo grado, comportava invece l'ammissibilità della stessa in sede di gravame, rendendone al tempo stesso superflua la riproposizione nelle forme di cui all'art. 346 cod. proc. civ., con la conseguente irrilevanza dell'avvenuta segnalazione della questione soltanto nella memoria di replica.

8. In ordine poi alla necessità della produzione dei documenti giustificativi del credito ai fini della rituale costituzione dell'opponente, la sentenza impugnata ha correttamente richiamato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, formatosi in base al testo previgente dell'art. 98 della legge fall., secondo cui, diversamente da quanto accade negli altri procedimenti introdotti con ricorso, in quello di opposizione allo stato passivo la costituzione dell'opponente si realizza secondo uno schema procedimentale articolato in due adempimenti, il primo dei quali (il deposito del ricorso) determina l'introduzione del giudizio a contraddittorio differito, mentre l'altro, che la perfeziona e completa, consente al Tribunale adìto di verificare non solo la corretta instaurazione del contraddittorio stesso, ma anche la sussistenza dell'interesse ad agire dell'opponente. Le modalità della costituzione non si consumano infatti con il solo deposito dell'atto introduttivo, ma devono articolarsi in un'ulteriore attività d'impulso processuale che, in mancanza dell'espressa previsione di una specifica formalità esecutiva, mutua il suo regime dalla norma ordinaria di cui all'art. 165 cod. proc. civ., secondo cui il ricorrente deve inserire nel suo fascicolo, oltre all'atto introduttivo, anche la sua copia recante il pedissequo decreto del giudice delegato, corredata della re-

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

lata di notifica al curatore, e, se non vi ha già provveduto, i documenti giustificativi del credito offerti in comunicazione alla curatela, entro il termine perentorio previsto dal terzo comma dell'art. 98 cit. (cfr. Cass., Sez. I, 15/04/2011, n. 8757; 18/06/2007, n. 14061; 25/01/2005, n. 1495).

In quanto funzionale al riscontro dell'interesse all'opposizione, ancor prima che alla verifica della fondatezza della pretesa azionata, la produzione dei documenti non poteva nella specie essere rinviata alla fase successiva, neppure tenendo conto del richiamo, peraltro generico, dell'attrice a tutti gli atti depositati a corredo dell'istanza d'insinuazione al passivo: nel giudizio di opposizione allo stato passivo, l'acquisizione del fascicolo fallimentare, per desumerne elementi o argomenti di prova, costituisce infatti una mera facoltà del giudice, il cui mancato esercizio, non censurabile in sede di legittimità, non è di per sé idoneo a sottrarre la parte alle conseguenze dell'inadempimento dell'onere probatorio gravante a suo carico (cfr. Cass., Sez. I, 21/12/2005, n. 28302; 9/05/2001, n. 6465; 11/03/1995, n. 2823).

9. Il ricorso va pertanto rigettato, con la conseguente condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore della controricorrente, che si liquidano come dal dispositivo. Nei rapporti con il fallimento, la mancata costituzione in giudizio del curatore esclude invece la necessità di provvedere al regolamento delle spese processuali.

P.Q.M.

rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore del controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 7.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma il 12/07/2017

Corte di Cassazione - copia non ufficiale