

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**SESTA SEZIONE CIVILE - 1**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GIACINTO BISOGNI

- Presidente -

Dott. UMBERTO L.C.G. SCOTTI

- Rel. Consigliere -

Dott. MARINA MELONI

- Consigliere -

Dott. ROSARIO CAIAZZO

- Consigliere -

Dott. PAOLA VELLA

- Consigliere -

Oggetto

FALLIMENTO

Ud. 12/10/2021 - CC

R.G.N. 29389/2019

Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 29389-2019 proposto da

elettivamente domiciliato in ROMA, V. ELEONORA D'ARBOREA 30, presso lo studio dell'avvocato BERNARDO CARTONNI, che lo rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO VIGONZA INVESTIMENTI s.r.l., in persona del Curatore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DANTE DE BLASI 5, presso lo studio dell'avvocato MARCO FERRARI, rappresentato e difeso dall'avvocato ROBERTO ARTUSI SACERDOTI;

- controricorrente -

avverso il decreto n. cronol. 65682019 del TRIBUNALE di PADOVA, depositato il 31.07.2019;



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 12.10.2021 dal Consigliere Relatore Dott. UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI.

FATTI DI CAUSA e RAGIONI DELLA DECISIONE

La Corte,

rilevato che:

con ordinanza del 31.7.2019 il Tribunale di Padova ha rigettato, con aggravio di spese, l'opposizione proposta dal dott. [redacted] avverso lo stato passivo del fallimento della Vigonza Investimenti s.r.l., in relazione al rigetto della sua istanza di ammissione *ex art.101 l.fall.*, formulata in principalità in prededuzione e in subordine in via privilegiata, per complessivi € 52.371,20, i.v.a. inclusa, a titolo di compenso per l'attività di attestatore *ex art.161, comma 2, l.fall.*, resa nell'ambito della procedura di concordato preventivo dichiarato inammissibile dal Tribunale con decreto del 14.2.2017;

il Tribunale patavino ha considerato fondata l'eccezione di inadempimento sollevata dalla curatela fallimentare e, in particolare, ha ritenuto che il dott. [redacted] non avesse dimostrato, come era suo onere, di aver esattamente e diligentemente adempiuto alle obbligazioni a suo carico;

avverso la predetta ordinanza del 31.7.2019, comunicata in pari data, con atto notificato il 1.10.2019 ha proposto ricorso per cassazione il dott. [redacted]

svolgendo tre motivi, al quale ha resistito con controricorso notificato il 12.11.2019 il Fallimento Vigonza Investimenti s.r.l., chiedendone l'inammissibilità o il rigetto;

è stata proposta ai sensi dell'art.380-*bis* cod.proc.civ. la trattazione in camera di consiglio non partecipata;



la parte ricorrente ha illustrato con memoria *ex art.380 bis, comma 2,* cod.proc.civ., le proprie difese;

ritenuto che:

con il primo motivo di ricorso, rubricato «*Violazione degli artt. 51 n.4 e 158 c.p.c. Vizio denunciato in relazione all'art.360 n.4 c.p.c.*», il ricorrente denuncia violazione dell'obbligo di astensione in capo a due magistrati componenti del collegio, ossia la dott.ssa Maria Antonia Maiolino e la dott.ssa Manuela Elburgo, per aver partecipato sia alla fase relativa alla proposta di concordato, sia al giudizio di opposizione allo stato passivo;

il motivo è manifestamente infondato *ex art.360 bis c.p.c.* poiché, secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, la violazione dell'obbligo di astensione è deducibile solo con lo strumento della ricusazione ai sensi dell'art. 52 c.p.c., e non può esser fatto valere in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza emessa dal giudice che avrebbe dovuto astenersi (Sez. U, n. 1545 del 20.01.2017, Rv. 642004 –01; Sez. 1, n. 10492 del 15.04.2019, Rv. 653468 – 01; Sez. 6 - 1, n. 18681 del 27.07.2017, Rv. 645335 - 01; Sez. 1, n. 22835 del 09.11.2016, Rv. 642402 – 01; Sez. 1, n. 24718 del 04.12.2015, Rv. 638143 - 01; Sez. 1, n. 2399 del 08.02.2016, Rv. 638471 – 01; Sez. 6 - 2, n. 26976 del 15.12.2011, Rv. 620702 - 01);

non inducono a diverse conclusioni i precedenti giurisprudenziali indicato dal ricorrente nella sua memoria illustrativa;

la sentenza della Sez. L, n. 4677 del 9.3.2015, Rv. 634623 – 01 è stata smentita da un compatto orientamento successivo secondo il quale l'incompatibilità del giudice delegato, che ha pronunciato il decreto di esecutività dello stato passivo, a far parte del collegio chiamato a decidere sulla conseguente opposizione, non determina una nullità deducibile in sede di impugnazione, in quanto tale incompatibilità, salvi i casi di interesse proprio e diretto nella causa, può dar luogo soltanto all'esercizio del potere di ricusazione, che la parte interessata ha l'onere di far valere, in caso di mancata astensione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 52 c.p.c.(Sez.1,



n.10973 del 26.4.2021; Sez. 1 , n. 10492 del 15.04.2019, Rv. 653468 – 01;
Sez. 1, n. 22835 del 09.11.2016, Rv. 642402 - 01)

la sentenza delle Sezioni unite n.5087 del 27.2.2008, Rv. 601949 – 01, si riferisce ad un caso di violazione di un espresso divieto di legge, ridondante in vizio di costituzione del giudice, laddove è stato affermato che la sentenza che dispone il rinvio a norma dell'art. 383, primo comma, cod. proc. civ. (cosiddetto rinvio proprio o prosecutorio), contiene una statuizione di competenza funzionale nella parte in cui individua l'ufficio giudiziario davanti al quale dovrà svolgersi il giudizio rescissorio (che potrà essere lo stesso che ha emesso la pronuncia cassata o un ufficio territorialmente diverso, ma sempre di pari grado) ed una statuizione sull'alterità del giudice rispetto ai magistrati persone fisiche che hanno pronunciato il provvedimento cassato. Ne consegue che, se il giudizio viene riassunto davanti all'ufficio giudiziario individuato nella sentenza della Corte di cassazione, indipendentemente dalla sezione o dai magistrati che lo trattano, non sussiste un vizio di competenza funzionale, che non può riguardare le competenze interne tra sezioni o le persone fisiche dei magistrati; se, invece, il giudizio di rinvio si svolge davanti allo stesso magistrato persona fisica (in caso di giudizio monocratico) o davanti ad un giudice collegiale del quale anche uno solo dei componenti aveva partecipato alla pronuncia del provvedimento cassato, essendo violata la statuizione sull'alterità, sussiste una nullità attinente alla costituzione del giudice, ai sensi dell'art. 158 cod. proc. civ., senza che occorra fare ricorso alla ricusazione (art. 52 cod. proc. civ.), essendosi già pronunciata la sentenza cassatoria sull'alterità;

la sentenza delle Sezioni unite n.9155 del 12.4.2018 riguarda la responsabilità disciplinare di un magistrato della Procura della Repubblica per inosservanza dell'obbligo di astensione in un procedimento penale ed



appare del tutto inconferente in tema di conseguenze processuali dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in un procedimento civile;

inoltre il ricorrente deduce che i due membri del collegio avrebbero partecipato ad altro grado o fase dello «*stesso procedimento*» (opposizione allo stato passivo quanto al credito del dott. indicando a tal fine, come attività pregiudicante la terzietà dei due magistrati, la loro partecipazione al collegio che ha deciso sulla richiesta di concordato preventivo e sulla dichiarazione di fallimento, che costituisce evidentemente un ben diverso procedimento per *petitum*, parti e *causa petendi* rispetto al procedimento di opposizione allo stato passivo;

è il caso infine di annotare che non risulta comprensibile l'ulteriore riferimento del ricorrente alla dott.ssa Zambotto, che non ha fatto parte del collegio che ha deciso l'ordinanza impugnata;

con il secondo motivo, rubricato «*Violazione e falsa applicazione degli artt.1460 e 2697 cod.civ. Vizio denunciato ai sensi dell'art.360 n.4 c.p.c. ed anche ai sensi dell'art.360 n.5 c.p.c. per omesso esame di fatto decisivo ed oggetto di discussione fra le parti*», il ricorrente denuncia, in primo luogo, la violazione di legge circa l'onere della prova quanto all'inadempimento del professionista *ex* artt.1460 e 2697 cod.civ.;

la censura appare manifestamente infondata;

infatti, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno o per l'adempimento deve provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi poi ad allegare la circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre al debitore convenuto spetta la prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento;

eguale criterio di riparto dell'onere della prova è applicabile quando è sollevata eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si



limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione;

lo stesso principio vale quando sia dedotto l'inesatto adempimento dell'obbligazione, spettando al creditore istante la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento e gravando, ancora una volta, sul debitore la prova dell'esatto adempimento, quale fatto estintivo della propria obbligazione;

la giurisprudenza di questa Corte appare al proposito del tutto consolidata a partire dal fondamentale arresto delle Sezioni Unite, n. 13533 del 30.10.2001, Rv. 549956 – 01 (*ex multis*: Sez. 1, n. 13674 del 13.06.2006, Rv. 589694 – 0; Sez. 1, n. 15677 del 03.07.2009, Rv. 609003 – 01; Sez. 1, n. 15659 del 15.07.2011, Rv. 618664 – 01; Sez. 3, n. 826 del 20.01.2015, Rv. 634361 – 01; Sez. 2, n. 18858 del 16.07.2018, Rv. 649704 – 01; Sez. 6 - 3, n. 3587 del 11.2.2021, Rv. 660419 - 01);

inoltre è opportuno rammentare che il professionista al quale sia stato negato, a causa di carenze nella dovuta diligenza, il compenso per la redazione della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l. fall., non può invocare, a fondamento del proprio credito, l'ammissione alla procedura concordataria del debitore che lo ha designato (successivamente dichiarato fallito);

infatti, il decreto emesso dal tribunale *ex art.* 163, comma 1, l. fall. non costituisce approvazione della relazione, né un apprezzamento di competenza esclusiva del tribunale in ambito concordatario, in quanto l'ammissione a detta procedura non assevera definitivamente, con valore di giudicato, l'esattezza dell'adempimento del professionista, potendo la valutazione essere, in seguito, smentita dal medesimo tribunale, in sede di procedura fallimentare, all'esito di un più approfondito controllo da parte del commissario giudiziale (Sez. 1, n. 22785 del 25.9.2018, Rv. 650930 - 01);



il Tribunale di Padova ha correttamente applicato i principi sopra richiamati, prima richiamando esattamente la regola di riparto dell'onere probatorio (pag.3, primo periodo, del decreto impugnato); poi – diversamente da quanto lamentato in memoria dal ricorrente - illustrando la specificità delle di inadempimento mosse dalla Curatela (cfr. pag.3, secondo capoverso, in punto inadempimento dell'obbligo di acquisizione degli elementi informativi necessari per attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario e la mancata «circularizzazione»; cfr. pag.3, ultimo capoverso, su negligenza nell'attività di analisi e valutazione dei dati aziendali; cfr. pag.4, primo capoverso, quanto all'omesso riscontro della carenza dei presupposti del degrado dei creditori ipotecari); infine, valutando le difese del ricorrente come generiche e non pertinenti;

con la seconda parte dello stesso motivo il ricorrente denuncia una pretesa motivazione solo apparente dell'ordinanza impugnata;

anche questo profilo di censura appare manifestamente infondato e ripropositivo del primo profilo di censura per violazione di legge e risulta comunque inammissibile perché diretto a sollecitare una rivalutazione nel merito, a fronte di una ampia motivazione pienamente conforme allo standard del minimo costituzionale;

con la terza parte del motivo il ricorrente deduce il vizio di omesso esame di fatto decisivo, ma incorre in evidente difetto di autosufficienza della censura nel riferimento documentale alla relazione del dott. anche a non considerare il fatto che la censura appare rivolta a sollecitare una rivalutazione nel merito di quanto accertato dal Tribunale;

l'inammissibilità del ricorso preclude il richiesto riesame delle questioni ritenute assorbite dal Tribunale di Padova;

ritenuto pertanto che il ricorso debba essere dichiarato inammissibile con la condanna del ricorrente al pagamento delle spese, liquidate come in dispositivo;



P.Q.M.

La Corte

dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese in favore del controricorrente, liquidate nella somma di € 5.500,00 per compensi, € 100,00 per esposti, 15% rimborso spese generali, oltre accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13, ove dovuto.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Sesta Sezione civile, Sottosezione Prima, il 12 ottobre 2021

Il Presidente
Giacinto Bisogni

