
Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Ricusazione, tempestività

Va confermato il principio per cui il potere di ricusazione costituisce un onere per la parte, la quale, se non lo esercita entro il termine 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.

Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 11.3.2016, n. 4837

...omissis...

La società Immobiliare xxxxxx ex art. 18, nel testo ratione temporis vigente.

Ritenne in particolare la sentenza qui avversata che:

a) nessuna violazione dell'art. 111 Cost. poteva rinvenirsi nella partecipazione al collegio della dichiarazione di fallimento di un giudice che aveva autorizzato - nella veste di giudice delegato - il curatore di altro fallimento (della xxxx e per la natura di

creditore di tale procedura ad instare per la dichiarazione di fallimento di Immobiliare Exxxxxx la potestà svolta con quell'atto e meramente diretta a rimuovere un ostacolo all'esercizio dei poteri propri del curatore;

b) in xx (adibita al recapito delle corrispondenze), senza alcun allaccio di utenze, tenuto conto della concentrazione delle attività economiche dirette e della gestione, appunto in Roma, delle quote delle società finanziarie e della ricezione effettiva dell'istanza di fallimento;

c) l'insolvenza doveva infine desumersi dall'esposizione ammessa verso i creditori istanti ed intervenuti, nonostante l'offerta verso il P.P.I. e il difetto di azioni esecutive, in relazione alla cessazione dei pagamenti e all'oggettiva incapacità di liquidare il patrimonio immobiliare pur vantato, nonché all'indimostrata inesigibilità del credito in capo al fallimento xxx

Il ricorso è affidato a tre motivi ed è resistito da xxx

Hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c. V. s.p.a. e fallimento Immobiliare E. s.r.l.

I fatti rilevanti della causa e le ragioni della decisione

Con il primo motivo il ricorrente deduce la nullità della sentenza, ai sensi degli artt. 112 e 345 c.p.c., ove essa non ha considerato un documento sopravvenuto, pertinente alla censura di incompatibilità del giudice componente il collegio della dichiarazione di fallimento, prodotto a seguito di nuova vicenda penale (e disciplinare) relativa al medesimo giudice, rinviato a giudizio per aver determinato quella stessa partecipazione per ragioni e interessi personali e dunque con integrazione di un vizio insanabile di costituzione del giudice ex art. 158 c.p.c.

Con il secondo motivo il ricorrente contesta, L. Fall., ex art. 9 e art. 360 c.p.c., comma 1, n. 2, la correttezza della individuazione della competenza di fatto in Roma, con superamento della presunzione di corrispondenza della sede legale, in Verona, affidato ad elementi generici.

Con il terzo motivo il ricorrente deduce il vizio di motivazione sul giudizio espresso nella impugnata decisione quanto allo stato d'insolvenza, trattandosi di situazione esclusa dalla inesigibilità dei crediti degli istanti ovvero dal fatto che essi fossero garantiti.

Il primo motivo è infondato.

Dalla lettura dello svolgimento del processo quale riportato nella sentenza impugnata (ricostruzione che non pare essere stata fatta oggetto di autonome e puntuali censure), si evince che il principale vizio coltivato dalla ricorrente nei gradi di merito ed attinente alla pretesa situazione di incompatibilità in cui si sarebbe trovato il giudice relatore-estensore della sentenza di fallimento (per aver autorizzato il curatore di altro fallimento, di cui era giudice delegato, a promuovere istanza di fallimento contro Immobiliare xxxx non ha più rinvenuto alcuna puntuale impugnazione.

Alla stregua della ricostruzione della fattispecie e della regola asseritamente violata, oltre che della necessaria regola diversa invocata, così come di doveroso riassunto nel pertinente quesito di diritto, emerge, da un lato, che tale parte della sentenza non risulta essere stata gravata di ricorso e, dall'altro, che il fatto processuale appuntato di critica è del tutto diverso, essendo stato fatto coincidere con la presa d'interesse del predetto giudice estensore e nel diniego di prova della circostanza per omesso esame del decreto di rinvio a giudizio del magistrato (e dell'incolpazione disciplinare), comprovante il suo interesse diretto nella causa e dunque viziante la sentenza di fallimento.

Osserva il Collegio, quanto al primo punto, che il motivo, non contemplando la prima ragione di nullità e già di per sé per tale causa rendendo inammissibile l'impugnazione, nemmeno trova un diverso esito anche a volerlo riprendere come circostanza comunque ricompresa nella più ampia situazione di incompatibilità del

giudice quale diversamente articolata nelle difese finali. Senza rilevare che l'esercizio del potere autorizzatorio ad un'attività propria della gestione affidata al curatore, e dunque sotto la responsabilità di questi, non è espressione di una potestà giurisdizionale omogenea a quella propria della decisione di fallimento ovvero della stessa condizionante, tanto più che la delibazione di plausibilità ovvero utilità dell'azione autorizzata è giudizio diverso dalla cognizione dei presupposti del fallimento, oltre tutto deciso da giudice collegiale (e con rimando, semmai, alle "gravi ragioni di convenienza" anche per Cass. 13881/2015), va invero preso atto che nessuna ricusazione tempestiva vi è stata del magistrato che ebbe a comporre il tribunale fallimentare, applicandosi allora il principio per cui il potere di ricusazione costituisce un onere per la parte, la quale, se non lo esercita entro il termine 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 (Cass. s.u. 3527/2002; Cass. 702/2003, 2664/2004, 12948/2004, 11187/2007, 26223/2014).

Quanto al secondo punto del motivo, la censura è parimenti infondata, posto che la corte d'appello, pur non trattando in modo espresso della questione della affermata presa d'interesse diretto del magistrato predetto nella sentenza di fallimento, ne ha tuttavia implicitamente ritenuto la non esaminabilità, già per via della tardiva produzione dei rispettivi documenti, preclusi dallo sbarramento posto dall'art. 345 cod. proc. civ. nel giudizio d'appello e contestati dalle altre parti. In questo senso, il giudice di merito si è attenuto al principio, già affermato con riguardo al regime anteriore alle modifiche della L. n. 353 del 1990, per cui l'appellante, diversamente dall'appellato che sia anche appellante incidentale, è tenuto a prospettare tutte le censure, anche quelle che attengono ad eccezioni, con l'atto di appello, e nulla può aggiungere in prosieguo, in quanto il diritto di impugnazione si consuma con il detto atto, che fissa i limiti della devoluzione della controversia in sede di gravame, in conseguenza della regola della specificità dei motivi di appello: l'art. 345 cod. proc. civ., che consente alle parti di proporre nuove eccezioni in appello, deve infatti essere interpretato in collegamento con l'art. 342 cod. proc. civ., che pone la regola della specificità dei motivi di gravame, i quali svolgono la funzione di delimitare l'estensione del riesame e di indicarne le ragioni. Ne consegue che l'eccezione tesa alla riforma della sentenza impugnata, risolvendosi nella esplicitazione del diritto di impugnazione, può essere proposta solo nell'atto di appello e non anche nell'ulteriore corso del giudizio di gravame (Cass. 12976/2002, conf. 3286/2003). La eccezionale riapertura di una finestra nella produzione di un documento (all'insegna della indispensabilità e decisività, *ratione temporis*) tanto più dopo la citata riforma non equivale infatti ad ammettere in appello eccezioni nuove che non siano rilevabili d'ufficio: nella specie, la tardività ha infatti riguardato non tanto dei documenti in sé, ma dei fatti completamente diversi, e pur se ascritti al giudice della impugnata sentenza di fallimento, rispetto a quelli fatti valere con i motivi di ricorso.

Ancora con riguardo alla dedotta ragione di nullità, si osserva infine che, in via di fatto, il predetto magistrato - sulla scorta di documento allegato in controricorso dal Fallimento Immobiliare E. s.r.l. - in realtà sarebbe stato assolto quanto ai capi di imputazione per i quali la ricorrente si era limitata al richiamo di atti privi di definitivo valore accertativo e, in via di prospettazione del mezzo di censura più idoneo, che anche per il ricorso all'eventuale "dolo del giudice", quale presupposto dalla revocazione di cui all'art. 395 c.p.c., n. 6 (istituto nemmeno accennato dalla ricorrente), comunque si richiede il passaggio in giudicato del relativo accertamento, circostanza appunto assente.

Il secondo motivo è in parte inammissibile e in parte infondato.

Il primo limite consegue dalla constatazione che la censura, articolata come violazione ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 2 in realtà ha mostrato di voler criticare il giudizio di fatto espresso dal giudice di merito, e non i principi di diritto applicati, e tuttavia non

si è strutturata idoneamente come vizio della motivazione, laddove in tema è pacifico che "la competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento di una società spetta al tribunale del luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa, ossia ove si svolge effettivamente la sua attività direttiva ed amministrativa, che, secondo una presunzione iuris tantum coincide, con quella legale, salvo che non sia fornita la prova che la sede effettiva sia altrove e che quella legale sia, quindi, solo fittizia" (Cass. 23719/2014; Cass. s.u. 15872/2013).

Inoltre, il superamento della presunzione di corrispondenza della sede legale a quella effettiva, ed il rinvenimento di quest'ultima in Roma, come "sede principale dell'impresa, che si identifica con quello in cui vengono individuate e decise le scelte strategiche cui dare seguito" (Cass. s.u. 15872/2013), è stato congruamente giustificato dalla corte d'appello, sulla base di un apprezzamento di fatto che appare scevro da illogicità manifeste ove esso ha raccolto e coordinato sia gli elementi maturati nel corso dell'istruttoria prefallimentare (l'assenza di utenze e persone preposte nella sede legale, la concentrazione nella Capitale delle attività economiche delle partecipate, la cui gestione era l'oggetto principale della società fallita, l'indirizzo veronese come riferimento per la sola corrispondenza, la stessa notifica dell'istanza di fallimento all'indirizzo romano delle due società partecipate, a loro volta holding dell'intero capitale di due società proprietarie di numerosi immobili costituenti il patrimonio del disciolto partito Democrazia Cristiana), sia talune circostanze accertate dal curatore (l'inconferenza di un mero "gabbiotto" in un centro sportivo abbandonato a fungere da sede sociale effettiva).

Il terzo motivo è infondato, avendo efficacemente la corte d'appello sintetizzato il proprio apprezzamento di fatto su plurime e convergenti circostanze conducenti ai fini della decozione di cui all'art.5 1.f., quali l'esigibilità del credito vantato dal fallimento E.P. s.r.l. (al quale secondo l'accertamento di merito era inopponibile una supposta clausola pattizia di differimento della scadenza), l'offerta al P.P.I del saldo del prezzo delle società vendute (circostanza che non è inficiata, agli scopi considerati, dalla riserva dell'eccezione di inadempimento mantenuta verso il creditore), la valida (ed ammessa) costituzione in mora ricevuta dalla Banca del Ga. (ora V. s.p.a.), la complessiva cessazione dei pagamenti, tutte evenienze cui la ricorrente ha genericamente opposto una solvibilità superficialmente rinviando alla consistenza del proprio patrimonio immobiliare, tuttavia non prospettato nè per le opportunità liquidatorie nè per il valore di eventuale esitazione di mercato.

Ne consegue il rigetto del ricorso, con condanna alle spese secondo le regole della soccombenza e liquidazione come meglio da dispositivo.

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate - in favore dei ciascuno dei controricorrenti - in Euro 7.200 quanto ai compensi (inclusi 200 Euro per esborsi), nonchè il rimborso a forfait del 15% e gli accessori di legge.