

Fatto Diritto P.Q.M.

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Verbania, con decreto emesso il 23 novembre 2010 e comunicato alle parti in pari data, in accoglimento dell'opposizione proposta dal Dott. P.M. che aveva lamentato l'esclusione del privilegio che assisteva al credito da lui dedotto, ammesso allo stato passivo del fallimento della società ██████████, relativo a prestazioni professionali svolte personalmente senza avvalersi dello studio professionale associato d'appartenenza, ha riconosciuto il privilegio chiesto ai sensi dell'art. 2751 bis c.c., n. 2., escluso dal giudice delegato in mancanza della prova della riconducibilità del credito all'attività personale dell'istante, appartenente a studio associato di non piccole dimensioni. Preliminarmente ha ritenuto non necessaria l'autorizzazione del g.d. per la costituzione in giudizio del curatore, ed ancora in linea preliminare, rilevandone la novità rispetto a quelle dedotte in sede di verifica tempestiva, ha dichiarato inammissibili le eccezioni, tese ad ampliare il thema decidendum cristallizzato nel decreto del giudice delegato, con cui detto organo aveva dedotto: l'inammissibilità della domanda d'insinuazione tardiva avente ad oggetto la dibattuta prelazione;

l'inammissibilità dell'opposizione per mancata replica alle conclusioni del curatore e dunque per acquiescenza alla proposta formulata nel progetto di stato passivo; l'insussistenza sia del credito, per grave inadempimento del creditore istante, la cui opera si riferiva peraltro a soggetto diverso dalla fallita, che l'insussistenza della prelazione per decorso del termine biennale posto dall'art. 2751 bis c.c., e per il fatto che ineriva ad attività svolta nell'ambito di struttura organizzata. Ha quindi accolto l'opposizione attribuendo al credito l'invocata prelazione.

Il curatore del fallimento della società ██████████ ricorre per cassazione avverso questo decreto, articolando quattro motivi resistiti dall'intimato con controricorso contenente ricorso incidentale a sua volta resistito dal ricorrente principale con controricorso.

Motivi della decisione

I ricorsi vengono riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c., in quanto sono indirizzati avverso la medesima decisione.

Il ricorrente principale articola quattro motivi di censura:

1.- deducendo violazione della *L. Fall.*, art. 93, commi 1 e 6, art. 94, art. 95 commi 1, 2 e 3, e art. 99, comma 7, e dell'art. 2751 bis c.c., n. 2, e art. 1453 c.c., pone la questione di diritto, che assume erroneamente risolta dal Tribunale di Verbania, circa l'ammissibilità nel giudizio di opposizione allo stato passivo delle eccezioni nuove formulate dal curatore fallimentare. Soggiunge che il regime delle preclusioni va interpretato in senso stretto, sì che occorre distinguere anzitutto tra eccezioni in senso stretto, rimesse alla parte e non rilevabili d'ufficio, e mere difese. Se l'opposizione a stato passivo rappresenta un giudizio a cognizione piena, non assimilabile tout court all'appello, non opera il divieto posto dall'art. 345 c.c., in materia di nuove eccezioni.

1.-2.- il credito controverso, scaturente da un atto di cessione di ramo d'azienda determinativo della situazione debitoria della società fallita, non meritava ammissione in presenza dei denunciati vizi che ne inficiavano la validità e dell'inadempimento agli obblighi d'informativi cui era tenuto il professionista, creditore opponente, assunta a base dell'eccezione non ammessa, nonché in ragione delle vicende illustrate, attestanti il conferimento del mandato professionale al predetto da parte della cedente ~~Prac...~~ e non già da ~~...~~

1.3.- difettava la prova della continuità della prestazione in relazione al biennio previsto dal disposto dell'art. 2751 bis c.c..

1.4.- il Dott. P. era incorso in decadenza, in ordine al termine per la presentazione della domanda d'ammissione tardiva.

2.- il decreto difetta nella motivazione in ordine alla continuazione della prestazione professionale, ai fini dell'attribuzione del privilegio previsto dalla norma citata.

*3.- ripropone il motivo, deducendo nel contempo violazione degli artt. 2751 bis, 2797, 2727 e 2729 c.c., e della *L. Fall., art. 93, comma 3*, in relazione al requisito della personalità della prestazione da parte del professionista facente parte di studio associato.

4.- deduce acquiescenza del creditore alle conclusioni del curatore, e conseguente inammissibilità dell'opposizione, nonché errata determinazione del credito.

Il resistente replica ai motivi deducendone l'infondatezza. Eccepisce in limine l'assenza dell'autorizzazione del giudice delegato alla costituzione nel giudizio d'opposizione così come alla proposizione del ricorso per cassazione, deducendo per l'effetto l'inammissibilità di entrambi i giudizi. Col primo motivo del ricorso incidentale denuncia nullità del decreto impugnato per violazione *dell'art. 112 c.p.c.*, ed omessa motivazione sull'assunto che, in parte motiva, laddove si è accolta l'opposizione, non si distingue se il credito sia stato riconosciuto per l'intero importo chiesto in Euro 17.139,20 oltre 3.427,84 in chirografo, ovvero nella minore somma ammessa allo stato passivo espungendo il valore d'avviamento dell'azienda, compreso nell'atto di cessione, dunque computabile ai fini del calcolo del compenso della sua prestazione.

Col secondo motivo, censura quindi il decreto impugnato laddove ha respinto l'eccezione d'inammissibilità della costituzione del curatore in quanto non munito dell'autorizzazione del g.d., sollevando, in caso di rigetto, eccezione di costituzionalità della *L. Fall., art. 31*, per eccesso di delega.

Venendo in rilievo in linea preliminare, va disposto il rigetto dell'eccezione d'inammissibilità del ricorso così come del secondo motivo del ricorso incidentale che ripropone la medesima questione in relazione alla fase di merito. Il disposto della *L. Fall., art. 31, comma 2*, prevede testualmente che il curatore "non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che in materia di contestazione o di tardive dichiarazioni di crediti o di diritti dei terzi sui beni acquisiti al fallimento, e salvo che nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale e in ogni altro caso in cui non occorra ministero del difensore". È indubbio che il giudizio d'opposizione, così come il suo sviluppo nella fase di legittimità ove vi si dia impulso, rappresenta un'ipotesi di contestazione dei crediti, per il quale la decisione di stare in giudizio rappresenta frutto di scelta che la norma rimette al solo curatore. La coerenza insita nel sistema risultante dalle riforme prima del 2005, quindi a seguito del correttivo, giustifica questa espressione di autonomia del curatore in questo ambito, attinente alla formazione dello stato passivo a lui demandata in via principale, in relazione al ridimensionato ruolo attribuito al giudice delegato, privato della precedente funzione di centralità. Secondo quanto previsto nella Relazione alla riforma che non lo qualifica più "organo motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione con quella di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura", al giudice delegato spetta un compito di carattere essenzialmente di legittimità, ovvero secondo taluno solo giurisdizionale, in ogni caso, non interferente con l'ampia sfera d'autonomia riconosciuta al curatore. La lettura del disposto dell'art. 25, comma 1, n. 6, che prevede il generale potere del giudice delegato di autorizzare per iscritto il curatore a stare in giudizio non può pertanto disgiungersi dalla ratio sottostante la previsione dell'art. 31, che nella parte riferita ritaglia per il solo curatore un ruolo decisionale, che può esprimersi anche in sede giurisdizionale, sottratto al controllo di merito dell'organo di legittimità. Alla luce di queste considerazioni, la questione di costituzionalità posta dal ricorrente incidentale, comunque genericamente argomentata, risulta manifestamente infondata. La previsione del potere del curatore di cui all'art. 31 letta nei sensi riferiti, così come quello di nominare autonomamente il difensore, non esorbita certo dai limiti della delega, in specie, per quel che rileva, dai principi ivi indicati - di cui agli artt. 1 e 9 - tesi a semplificare la procedura, accelerandone i tempi ed in particolare la fase d'accertamento

del passivo, e ad ampliare i poteri del comitato dei creditori - art. 2 - . Rispondono piuttosto a quel criterio di speditezza della procedura che rappresenta l'obiettivo preminente del legislatore delegante.

Va invece disposto l'accoglimento del primo motivo del ricorso principale. Alla questione ivi posta occorre infatti dare la soluzione auspicata dal ricorrente affermando che, nel giudizio d'opposizione a stato passivo, espressione di giurisdizione cognitiva piena a carattere contenzioso seppur semplificata nelle forme rispetto al processo ordinario, nonostante la sua natura impugnatoria non opera la preclusione posta dall'art. 345 c.p.c., in materia di jus novorum. L'opponente non incontra il limite delle prove che opera nella fase della verifica dei crediti, ed il curatore non è tenuto a circoscrivere le sue difese nell'ambito delle sole eccezioni dedotte nella fase precedente fase. Il riesame a cognizione piena del risultato della cognizione sommaria del rito della verifica demandato al giudice dell'opposizione, escludendo l'immutazione del thema disputandum, vale a dire della domanda originaria, che deve essere riproposta negli fatti costitutivi già rappresentati al giudice delegato, ma non del thema probandum, aperto a nuove allegazioni istruttorie, preclude in senso speculare l'introduzione di domanda riconvenzionale della curatela fallimentare (Cass. n. 6900/2010) ma non comprime il diritto di difesa di tale organo, che si dispiega in giudizio nel senso più ampio, esplicandosi anche nella formulazione di eccezioni non sottoposte all'esame del giudice delegato. Secondo quanto prevede la L. Fall., art. 99, comma 7, la memoria delle parti resistenti, dunque anche del curatore che intende costituirsi, deve contenere a pena di decadenza la precisa indicazione delle difese che in quella sede devono essere svolte, comprensiva delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, e delle prove. La precisazione, secondo quanto si afferma in dottrina, aggiunta dal correttivo in base al principio della "parità delle armi", introduce preclusione per la sola proponibilità delle eccezioni in senso stretto nel senso che ne postula la concentrazione nel primo atto difensivo, senza però creare alcun nesso tra la difesa esercitata in giudizio a mezzo assistenza del difensore e quella versata dal solo curatore in fase di verifica, dunque alcun vincolo per l'esercizio del suo potere processuale di contraddire la domanda secondo la regola generale del contraddittorio, che configgerebbe con il dispiegarsi del riesame pieno demandato al giudice nella fase contenziosa a cognizione "piena", alla cui stregua, secondo quanto premesso, è modellato il giudizio d'opposizione. E' pertanto affetto dal denunciato vizio il decreto del Tribunale che, rilevata la novità rispetto a quelle dedotte in sede di verifica tempestiva, con cui si era dedotta la sola appartenenza del Dott. P. a studio associato, ha dichiarato inammissibili le eccezioni del curatore fallimentare reputandole tese ad ampliare il thema decidendum cristallizzato nel decreto del giudice delegato, sì che deve disporsi la cassazione con rinvio al medesimo giudice, che darà ingresso all'esame di quelle eccezioni. Il valore assorbente di tale conclusione travolge l'esame dei restanti motivi del ricorso principale.

Va invece disposto il rigetto del primo motivo del ricorso incidentale. Il resistente non ha invero interesse alla denuncia dal momento che la sua domanda, secondo quanto risulta dal dispositivo del decreto impugnato, ha trovato integrale accoglimento. La modifica della modifica non incide su tale conclusione, dunque non può essere chiesta con ricorso per cassazione - Cass. n. 6510/2007, n. 7057/2010- .

Il giudice del rinvio provvederà anche alla regolamentazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte:

riuniti i ricorsi, accoglie il primo motivo del ricorso principale e dichiara assorbiti gli altri motivi dello stesso ricorso; dichiara inammissibile il primo motivo del ricorso incidentale e rigetta il secondo. Cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto e rinvia anche per le spese del presente giudizio al Tribunale di Verbania in diversa composizione.