

Civile Ord. Sez. 1 Num. 2949 Anno 2021

Presidente: CRISTIANO MAGDA

Relatore: PAZZI ALBERTO

Data pubblicazione: 08/02/2021

sul ricorso n. 17484/2018 proposto da:

Shipworks s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, domiciliata in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentata e difesa dall'Avvocato Mario Procaccini giusta procura in calce al ricorso;

- *ricorrente* -

contro

Fallimento Gagliotta S.r.l., in persona del curatore dott. Domenico De Falco, elettivamente domiciliato in Roma, Via Crescenzo n. 58, presso lo studio dell'Avvocato Alessandro Fusco, rappresentato e difeso dall'Avvocato Antonino Di Somma giusta procura in calce al controricorso e ricorso incidentale;

- *controricorrente e ricorrente incidentale* -

ORD
4026
2020

avverso il decreto del Tribunale di Torre Annunziata depositato il 4/5/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 4/11/2020 dal cons. Alberto Pazzi.

RILEVATO CHE:

1. Il Tribunale di Torre Annunziata, con decreto del 4.11.2020, ha parzialmente accolto l'opposizione proposta da Shipworks s.a.s. avverso lo stato passivo del Fallimento Gagliotta s.r.l., ammettendo in chirografo e non in privilegio, secondo quanto richiesto in via subordinata dall'opponente, il credito da questa vantato in corrispettivo di servizi e lavori svolti in esecuzione di un contratto di appalto, ritenuto provato *"sulla base degli atti e documenti relativi al giudizio monitorio e di opposizione a decreto ingiuntivo"*.

Il collegio dell'opposizione ha invece rigettato la domanda di ammissione del credito insinuato da Shipwork a titolo di rimborso delle spese legali sostenute in giudizi intrapresi nei confronti di Gagliotta s.r.l. *in bonis*, rilevando che la stessa opponente, avendone richiesto l'attribuzione *"al sottoscritto procuratore per averne fatto anticipo"*, aveva rappresentato che l'unico legittimato a proporre tale domanda era il suo difensore distrattario.

2. Ricorre per cassazione contro questa pronuncia Shipworks s.a.s. affidandosi a due motivi di doglianza.

Resiste con controricorso il fallimento di Gagliotta s.r.l., il quale, a sua volta, propone ricorso incidentale prospettando sette motivi di doglianza.

Entrambe le parti depositano memoria ai sensi dell'art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ.

CONSIDERATO CHE:

3. Il primo motivo del ricorso principale denuncia la "violazione e falsa applicazione dell'art. 93 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 3 e n. 5 c.p.c.", in quanto il Tribunale non ha tenuto conto che per le spese legali reclamate non era mai intervenuto un provvedimento giudiziale di distrazione in favore del procuratore di Shipwork s.a.s., di modo che questi non avrebbe potuto richiedere in proprio l'ammissione al passivo: il credito doveva quindi essere riconosciuto in favore della società opponente.

4. Il motivo è fondato.

La domanda di Shipwork, di ammissione al passivo delle spese legali sostenute nei giudizi svolti prima della dichiarazione di fallimento "con attribuzione al sottoscritto procuratore per averne fatto anticipo", non comportava la rinuncia della società al relativo credito né dava atto dell'avvenuta cessione dello stesso al difensore che l'aveva assistita in quelle diverse sedi giudiziarie e che la rappresentava anche nel giudizio ex art. 98 l. fall., ma si limitava a contenere la richiesta di quest'ultimo di emissione di un provvedimento di distrazione in suo favore delle spese dovute dalla fallita.

È dunque evidente che una simile richiesta non era stata formulata nelle sedi a ciò deputate, ovvero, secondo quanto previsto dall'art. 93 cod. proc. civ., nell'ambito dei processi intentati contro la società poi fallita in cui il difensore di Shipwork aveva anticipato le spese e non riscosso gli onorari, e che non esisteva alcuna pronuncia che riconosceva a quest'ultimo il diritto alla distrazione.

In difetto di tale pronuncia, la ricorrente restava la sola titolare del credito insinuato: il giudice dell'opposizione, non considerando che il difensore di Shipwork non era munito del titolo giudiziale necessario per poter ottenere in via diretta dalla debitrice il pagamento delle spese anticipate e per poter, in conseguenza, essere ammesso al

passivo, ha perciò erroneamente ritenuto che la società non fosse legittimata a proporre la domanda, così omettendone il dovuto esame nel merito.

5. Resta assorbito il secondo motivo di ricorso, con cui la ricorrente lamenta che il giudice *a quo* abbia integralmente compensato le spese del giudizio di opposizione.

6. Il primo motivo di ricorso incidentale assume la violazione dell'art. 98, comma 1, l. fall., in quanto il Tribunale avrebbe accolto la domanda subordinata di Shipwork, di ammissione in chirografo del credito derivante dal contratto, non proposta in sede di insinuazione al passivo, disattendendo l'eccezione di novità della stessa svolta dalla curatela.

7. Il motivo non è fondato.

Non è infatti configurabile come nuova la domanda con la quale, in sede di opposizione, il creditore chieda per la prima volta che il credito insinuato, ove non ritenuto privilegiato, sia ammesso quantomeno al chirografo, per l'ovvia considerazione che nel più sta il meno.

Va d'altro canto rilevato che, a prescindere dall'espressa formulazione di una subordinata, spetta in ogni caso al giudice (nella specie, al giudice delegato o a quello dell'opposizione), il quale può sempre accogliere la domanda anche solo in parte, di verificare se il credito di cui ha accertato la sussistenza sia munito o meno del titolo di prelazione invocato e, dunque, di decidere se ammetterlo in privilegio o al chirografo.

8. Il secondo motivo del ricorso incidentale denuncia la violazione degli artt. 653, 305 e 308 cod. proc. civ., perché il collegio di merito avrebbe ritenuto opponibile alla procedura il decreto ingiuntivo ottenuto da Shipwork nei confronti di Gagliotta, nonostante alla data del deposito della sentenza dichiarativa ancora pendesse in

appello il giudizio di opposizione a tale decreto promosso dalla debitrice.

8.1 Il terzo motivo assume la violazione dell'art. 93, comma 8, l. fall., perché il Tribunale, al fine di valutare l'effettiva sussistenza del credito vantato, avrebbe preso in esame il solo decreto ingiuntivo non definitivo e la sentenza di primo grado appellata.

8.2 Il quarto motivo di ricorso lamenta la violazione dell'art. 52, comma 2, l. fall., in quanto il Tribunale avrebbe disatteso il principio di cristallizzazione della massa passiva espresso da tale norma e ammesso al passivo un credito portato da un decreto ingiuntivo divenuto definitivo in epoca successiva alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

8.3 Il quinto motivo denuncia la violazione dell'art. 45 l. fall. perché il Tribunale avrebbe reso opponibili ai creditori formalità, quali la certificazione di passaggio in giudicato della sentenza di primo grado di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo, eseguite dopo la sentenza dichiarativa di fallimento.

8.4 Il settimo motivo di ricorso lamenta l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso fra le parti, costituito dalla questione dell'assenza di prova della definitività del decreto ingiuntivo in data anteriore alla sentenza di fallimento.

9. I motivi, da esaminarsi congiuntamente in ragione della loro connessione, sono inammissibili in quanto privi di attinenza al *decisum*.

Infatti, contrariamente a quanto in essi si sostiene, il tribunale ha ammesso il credito di Shipwork "sulla base degli atti e documenti relativi al giudizio monitorio e di opposizione al decreto ingiuntivo" e non per aver accertato che il provvedimento monitorio era divenuto definitivo prima della dichiarazione di fallimento della debitrice.

Non appare superfluo rilevare, peraltro, che l'assunto del ricorrente incidentale, è palesemente infondato.

Il provvedimento impugnato rappresenta (a pag. 1) che *"avverso la sentenza di rigetto dell'opposizione al decreto ingiuntivo la società ha proposto appello, e pendente il giudizio di appello è intervenuto il fallimento. Il giudizio non è stato riassunto e la sentenza è passata in giudicato"*.

La statuizione, contenente un accertamento in fatto (in ordine alla mancata riassunzione) non impugnato dal ricorrente incidentale, fa implicito riferimento al disposto dell'art. 96, comma 2, n. 3, l. fall. (norma contenente una deroga al principio generale fissato dall'art. 52 l. fall. e alla *vis attractiva* della procedura concorsuale), secondo cui spetta al curatore proporre o proseguire il giudizio di impugnazione avverso la sentenza pronunciata prima della dichiarazione di fallimento, e non ancora passata in giudicato, che accerti l'esistenza di un credito nei confronti del fallito.

Ove, come accaduto nel caso di specie, il curatore non assolva questo onere, di introdurre o proseguire l'impugnazione, onde ottenere la riforma della sentenza ed evitarne il passaggio in giudicato, il credito deve essere ammesso al passivo senza alcuna riserva (cfr. Cass. n. 15797/2015).

Rimane, invece, del tutto irrilevante, in assenza di una successiva iniziativa del curatore, la pendenza dell'impugnazione al momento della dichiarazione di fallimento, atteso che la sentenza già emessa è certamente opponibile alla massa e che all'estinzione del giudizio di appello per mancata riassunzione (art. 307, 3° comma, cod. proc. civ.) consegue il suo passaggio in giudicato ai sensi dell'art. 310, comma 2, cod. proc. civ.

10. Ne discende l'inammissibilità pure del sesto motivo del ricorso incidentale, che assume, ex art. 360, comma 1, n. 4, cod.

proc. civ., la nullità del decreto impugnato in conseguenza del carattere apparente della sua motivazione, costituita per una parte da locuzioni di stile, per l'altra da evidenti tautologie.

Invero, l'inerzia processuale del curatore, che ha omesso di proseguire il giudizio di impugnazione avverso la sentenza di primo grado, imponeva l'ammissione pura e semplice del credito al passivo, rimanendo di conseguenza di nessun rilievo la motivazione offerta dal collegio dell'opposizione a giustificazione dell'accoglimento dell'insinuazione.

11. All'accoglimento del primo motivo del ricorso principale conseguono la cassazione del provvedimento impugnato ed il rinvio della causa, per l'esame nel merito della domanda di Shipwork di ammissione del credito vantato a titolo di rimborso spese, al Tribunale di Torre Annunziata in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso principale, assorbito il secondo, e rigetta il ricorso incidentale; cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto e rinvia la causa al Tribunale di Torre Annunziata in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13, ove dovuto.