

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. VITRONE Ugo - Presidente
Dott. DI AMATO Sergio - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 6140/2011 proposto da:

M.C. (C.F. (OMISSIS))

- RICORRENTE -

contro

D.L.F., M.S.;

- INTIMATI -

avverso il decreto del TRIBUNALE di ASCOLI PICENO, depositato il 28/01/2011;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto del 28 gennaio 2011 il Tribunale di Ascoli Piceno ha dichiarato l'inammissibilità dell'opposizione proposta da M. C., avverso lo stato passivo del fallimento della s.r.l. SP in ragione del fatto che l'opponente non aveva presentato osservazioni al progetto di stato passivo predisposto dal curatore, alle cui determinazioni perciò doveva ritenersi che avesse prestato sostanziale acquiescenza; d'altro canto, l'ammissibilità dell'impugnazione del provvedimento con cui il giudice delegato aveva approvato tali determinazioni non poteva predicarsi neppure con riferimento a circostanze sopravvenute all'istanza di insinuazione al passivo, che nella specie neppure erano state allegate.

M.C. propone ricorso per cassazione, deducendo due motivi. Il fallimento non ha svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il PRIMO MOTIVO il ricorrente lamenta che erroneamente il Tribunale aveva fatto discendere l'inammissibilità dell'opposizione dalla mancata presentazione di osservazioni poichè la L. Fall., art. 95, attribuisce al creditore la facoltà, e non l'obbligo, di replicare con osservazioni alle obiezioni del curatore, senza che possa farsi discendere una acquiescenza dal suo mancato esercizio.

Con il SECONDO MOTIVO il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 112 c.p.c., per ultrapetizione in quanto il Tribunale aveva accolto una eccezione di inammissibilità "segnalata" dal curatore comparso in udienza ma non formalizzata con una rituale costituzione in giudizio.

Il primo motivo è fondato.

Si deve anzitutto escludere che la mancata presentazione di osservazioni al progetto di stato passivo depositato dal curatore possa integrare gli estremi dell'acquiescenza ex art. 329 c.p.c., intesa come manifestazione espressa o tacita della volontà della parte soccombente di non volersi avvalere dell'impugnazione; l'acquiescenza, infatti, non si può configurare che rispetto ad un provvedimento emesso dal giudice e perciò né rispetto ad un atto del curatore, quale è il progetto di stato passivo, né rispetto ad un provvedimento che il giudice delegato ancora non ha emesso (Cass. 10 aprile 2012, n. 5659).

Neppure si può ritenere che, nel caso di mancata contestazione del progetto del curatore entro la prima udienza fissata per l'esame dello stato passivo, l'inammissibilità dell'opposizione possa collegarsi alla pretesa operatività del principio di non contestazione, di cui al novellato art. 115 c.p.c., ovvero alla pretesa cristallizzazione delle questioni controverse. Da un lato, infatti, il principio di non contestazione opererebbe soltanto sul piano probatorio e, d'altro canto, l'eventuale definizione delle questioni controverse potrebbe operare soltanto nel senso di precludere non l'opposizione ma la possibilità di sollevare in tale sede eccezioni non rilevabili d'ufficio e di allegare nuovi fatti.

Più radicalmente, tuttavia, si deve osservare che, fermi restando i limiti derivanti dagli elementi identificativi della domanda di ammissione al passivo, il giudizio di opposizione, pur essendo certamente un giudizio di impugnazione non è, tuttavia, un giudizio d'appello (Cass. 25 febbraio 2011 n. 4708; Cass. ord. 22 febbraio 2012 n. 2677) poichè mira a rimuovere un provvedimento emesso sulla base di una cognizione sommaria ed all'esito di un procedimento che non prevede la formalizzazione della posizione del curatore come parte processuale contrapposta al creditore. Il procedimento di verifica, infatti, seppure teso ad assicurare il contraddittorio sostanziale tra le parti, con la previsione di un giudice terzo che pronunzia sulla domanda di ammissione al passivo, sulle conclusioni del curatore e sulle eventuali osservazioni del creditore, non prevede la formale costituzione del curatore a mezzo di difensore tecnico, mentre quella del creditore è soltanto eventuale. Si deve, pertanto, ritenere che la disciplina applicabile al giudizio di opposizione in tema di eccezioni e documenti deve essere ricercata nello stesso L. Fall., art. 99. Questa disposizione indica, nel comma secondo, il contenuto che il ricorso deve avere a pena di decadenza e fa menzione, al n. 4, delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio nonchè della indicazione dei documenti prodotti, senza porre altre limitazioni (Cass. 11 dicembre 2012, n. 22765; Cass. 4 giugno 2012, n. 8929; Cass. 25 febbraio 2011, n. 4708; Cass. n. 6900/2010 cit., tutte con riferimento all'inapplicabilità dei limiti previsti dall'art. 345 c.p.c., in tema di eccezioni e documenti nuovi).

In altre parole le osservazioni presentate e gli eventuali documenti prodotti nella stessa fase non precludono la proposizione di nuove eccezioni ed occorrendo di nuovi documenti. In tale situazione sarebbe contraddittorio attribuire alla mancata presentazione di osservazioni addirittura un effetto preclusivo dell'ammissibilità dell'opposizione.

In conclusione, l'assenza di preclusioni in tema di eccezioni proponibili e di documenti producibili nel giudizio di opposizione allo stato passivo, che è un giudizio di impugnazione ma non un giudizio di appello, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni dettate in materia dall'art. 345 c.p.c., non consente di collegare preclusioni di alcun tipo alla mancata presentazione di osservazioni da parte del creditore il cui credito sia stato ridotto o escluso nel progetto di stato passivo predisposto dal curatore e conferma, come è reso evidente dalla lettera della L. Fall., art.

95, comma 2 ("i creditori ... possono ... presentare osservazioni scritte e documenti giustificativi"), che la presentazione di osservazioni è una facoltà e non un onere del creditore.

Il secondo motivo resta assorbito.

PQM

accoglie il primo motivo del ricorso e dichiara assorbito il secondo;

cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, al Tribunale di Ascoli Piceno in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 3 aprile 2013.

Depositato in Cancelleria il 9 maggio 2013

EX PARTE CREDITORIS.IT