

26705/17

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE CIVILE - 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE - Presidente -

Dott. MARIA ACIERNO - Rel. Consigliere -

Dott. MAURO DI MARZIO - Consigliere -

Dott. LOREDANA NAZZICONE - Consigliere -

Dott. MASSIMO FALABELLA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

Oggetto

FALLIMENTO

Ud. 12/09/2017 - CC

R.G.N. 128/2015

Rep. ✓  
Cass. 26705  
CV + CI

ORDINANZA

sul ricorso 128-2015 proposto da:

(omissis)

(omissis) SOC. COOP., in persona del suo Presidente legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata

in (omissis), presso lo studio dell'avvocato

(omissis), rappresentata e difesa dall'avvocato

(omissis)

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO (omissis) S.R.L.;

- intimato -

avverso il decreto del TRIBUNALE di FIRENZE, depositato il 03/12/2014 emesso sul procedimento iscritto al n° 8483/2014 R.G.;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 12/09/2017 dal Consigliere Dott. MARIA ACIERNO.

8312  
-14

## FATTI DI CAUSA E RAGIONI DELLA DECISIONE

Il Tribunale di Firenze ha rigettato l'opposizione allo stato passivo del fallimento della s.r.l. (omissis) proposto dalla (omissis), con la

quale si era lamentato il mancato riconoscimento in privilegio ipotecario sul credito di E 141.615,90 portato da decreto ingiuntivo munito di formula ex art. 647 cod. proc. civ. ma non dichiarato definitivo prima della sentenza di fallimento.

Il giudice di merito ha rilevato l'inopponibilità del decreto ingiuntivo alla Curatela per essere mancata l'attestazione ex art. 647 c.p.c. anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

La (omissis) ha proposto ricorso per cassazione deducendo la nullità del provvedimento impugnato perché il giudice delegato faceva parte del collegio che ha deciso sull'opposizione e chiedendo una revisione dell'orientamento giurisprudenziale su cui si è fondata la decisione impugnata, dovendosi riconoscere, a suo avviso, efficacia ex tunc al decreto di cui all'art. 647 c.p.c.

Il fallimento non ha depositato controricorso e la parte ricorrente ha depositato memoria.

Il giudice relatore ha formulato proposta di manifesta infondatezza di entrambi i motivi, alla luce degli orientamenti di questa Corte.

Il Collegio, alla luce della memoria depositata da parte ricorrente ha svolto le seguenti osservazioni alla proposta, con specifico riferimento al primo motivo di ricorso:

L'orientamento di questa Corte è così massimato:

*"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 - non escludendo la "potestas iudicandi" del predetto giudice, quale magistrato addetto al tribunale che dell'impugnazione stessa è il giudice naturale - 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". (Cass.27418 del 2015; i predetti principi hanno trovato successiva conferma in Cass. 22835 del 2016).*

L'adesione ai principi elaborata dalla giurisprudenza di legittimità, se pur astrattamente condivisibili, deve essere verificata in concreto alla luce dell'effettivo sviluppo procedimentale del giudizio nel quale dovrebbero essere applicati. In particolare, occorre preliminarmente accertare se la disposizione contenuta nell'art. 52, secondo comma, cod. proc. civ., secondo la quale l'istanza di ricusazione deve essere depositata o due giorni prima dell'udienza o, all'udienza stessa, prima dell'inizio della trattazione, possa essere adempiuta dalla parte che ha interesse alla ricusazione.

Nella memoria depositata ex art. 378 cod. proc. civ., è stato precisato che nel decreto di fissazione d'udienza non era stata indicata la composizione del collegio (come da doc. 4 tempestivamente prodotto) e che la trattazione avvenne davanti al solo giudice relatore (Presidente del collegio, verbale contenuto nel fascicolo d'ufficio, riprodotto sub. documento 8) senza che, neanche nell'ultima scansione procedimentale utile, fosse possibile individuare la composizione dell'organo giudicante.

Ne consegue che non poteva essere proposta istanza di ricusazione nei termini indicati nell'art. 52, secondo comma, cod. proc. civ. e che la censura relativa alla manifesta

violazione dell'art. 99, comma 10, legge fallimentare è tempestiva e fondata.

Il primo motivo deve, pertanto, essere accolto ed il secondo assorbito.

Il provvedimento impugnato deve essere cassato con rinvio al Tribunale di Firenze, in diversa composizione collegiale.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo <sup>del ricorso, a merito di secondo;</sup> ~~Cassa~~ il provvedimento impugnato e <sup>la causa</sup> rinvia, anche per le spese del presente giudizio, al Tribunale di Firenze, in diversa composizione.

Così deciso nella camera di consiglio del 12 settembre 2017.

Il Presidente

(Dr. Francesco Antonio Genovese)

*Francesco A. Genovese*

Depositata in Cancelleria

Oggi,

10 NOV. 2017



IL CANCELLIERE  
Maria Pia Sberdoni

*Maria Pia Sberdoni*  
IL CANCELLIERE  
Maria Pia Sberdoni