

Svolgimento del processo

La corte di appello di Milano, con sentenza 15 / 29 novembre 2007, su impugnazione della società Vismetmetal s.r.l., avverso la sentenza 17 luglio 2007 del tribunale di Milano, che ne aveva dichiarato il fallimento, su richiesta del pubblico ministero - cui il tribunale aveva trasmesso gli atti, dopo che il creditore ricorrente aveva desistito dalla istanza, avendo ritenuto la sussistenza dei presupposti per l'apertura della procedura concorsuale - dichiarò la nullità della decisione impugnata, per violazione degli artt. 6 e 7 della legge fallimentare riformata, che hanno soppresso la iniziativa di ufficio per la dichiarazione di fallimento e limitato quella del pubblico ministero al riscontro dei fatti indicati nell'art. 7 n. 1 ovvero nel caso di segnalazione del giudice del procedimento civile, nel quale sia emersa la insolvenza.

La corte di merito ha ritenuto che la iniziativa di tale organo non possa essere sollecitata dallo stesso tribunale fallimentare " e tanto meno dal giudice designato per la relativa istruttoria", in quanto ciò comporterebbe la disapplicazione di una norma inderogabile, diretta a superare ogni contrasto delle

ly

citare norme fallimentari con il principio del giusto processo stabilito dall'art. 111 cost..

Propone ricorso con due motivi illustrati da memoria il curatore del fallimento, cui resistono la società Vismetel e il suo socio Viscardi Ornello, che hanno eccepito la inammissibilità della impugnazione e proposto ricorso incidentale con un motivo.

Motivi della decisione


Con il primo motivo il ricorrente denuncia falsa applicazione degli artt. 6 e 7 legge fallimentare, come riformata, laddove la sentenza impugnata ha affermato che la segnalazione al pubblico ministero per l'esercizio della sua iniziativa alla dichiarazione di fallimento non possa provenire dal tribunale fallimentare ma solo dal giudice di un procedimento civile diverso da quello finalizzato a tale pronuncia.

Con il secondo motivo la denuncia di falsa applicazione delle norme predette é prospettata con riferimento all'assunto della corte territoriale che meno ancora detta segnalazione possa provenire dal giudice designato alla relativa istruttoria.

Con il ricorso incidentale la società Vismetel e il suo socio Viscardi Ornello deducono erronea applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., con riguardo alla decisione della corte territoriale di compensare le spese

processuali, sul rilievo che le stesse avrebbero dovuto essere regolate secondo il principio della soccombenza. Va in via preliminare respinta la eccezione di inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione attiva del curatore, dedotta in quanto anteriormente alla notifica della impugnazione il fallimento era stato dichiarato chiuso, con cessazione di quella carica.

È infatti consolidato in giurisprudenza (Cass. 4 novembre 2003 n. 16505; 18 aprile 1991 n. 4187; 28 aprile 1973 n. 1171) il principio che la pronuncia di revoca del fallimento - sebbene produca effetti in via generale ex tunc (art. 18 c. 15 legge fallimentare), lasciando salvi solo quelli degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura - lo faccia venir meno e determini la decadenza dei suoi organi a far tempo dal passaggio in giudicato; e la riprova di tale decorrenza si rinviene, sul piano testuale, nell'art. 18 L.F. che, quanto l'art. 19 del testo ante riforma, stabilisce che la sentenza la quale in sede di reclamo revoca il fallimento sia notificata al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento e al debitore, se non reclamante; notifica che ha ragion d'essere, per il consolidamento degli effetti della decisione a seguito della mancata o tardiva successiva



impugnazione, alla quale non possono che essere legittimati i soggetti che di tale notificazione sono i destinatari.

Il ricorso principale è tuttavia infondato.

Il primo motivo censura la sentenza impugnata, laddove ha ritenuto indebita la segnalazione al pubblico ministero da parte del tribunale fallimentare - e specificamente del giudice delegato alla istruttoria per l'apertura della procedura concorsuale - al fine dell'esercizio della iniziativa che l'art. 7 gli attribuisce.

La corte territoriale, dopo aver rilevato che l'art.6 della legge fallimentare riformata ha soppresso la possibilità che la procedura sia aperta di ufficio, lasciando la iniziativa a riguardo al debitore, al creditore e al pubblico ministero, ha considerato che la formulazione del successivo art. 7 è tale da escludere che la iniziativa di quest'ultimo possa essere sollecitata dallo stesso tribunale fallimentare, il quale non può procedere alla dichiarazione di fallimento, una volta che sia intervenuta la desistenza del creditore istante; e ciò al fine di assicurare il rispetto del principio del giusto processo, come voluto dal testo attuale dell'art. 111 Cost.; ed ha così ritenuto che la norma, "laddove parla di situazioni di

insolvenza emerse nel corso del procedimento civile, si riferisce ad ogni giudizio civile diverso da quello per la dichiarazione di fallimento", con l'effetto che la decisione resa "risulta affetta da nullità assoluta".

Oppone il ricorrente - e all' uopo propone il quesito di diritto se ai sensi degli artt. 6 e 7 L.F., come novellati, sia ammissibile il ricorso per dichiarazione di fallimento, presentato dal pubblico ministero a seguito della segnalazione di insolvenza rilevata dal tribunale adito per tale dichiarazione, che per la desistenza dell'unico creditore istante si sia trovato nella impossibilità di procedere - che la norma dell'art.7 n. 2 non consente distinzioni all'interno di un procedimento civile e che "qualsiasi giudice civile nel corso di un qualsivoglia procedimento civile" sia abilitato alla segnalazione di cui si tratta.

Argomenta, inoltre, sul piano della interpretazione letterale, dalla sostituzione operata dalla novella della espressione "giudizio civile" presente nel testo ante riforma dell'art. 8 (soppresso dal d. lgvo n. 5/2006) con quella "procedimento civile" impiegata nell'art. 7 n. 2, per rilevare che la più ampia formula giova ad includervi qualunque procedimento "davanti ad organi della giurisdizione e di qualsivoglia natura"; e trae ulteriore conforto alla tesi impugnatoria dalla

WJ

Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, secondo cui "la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio..... risulta bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dar corso alla istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale, nel corso di un qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza di un imprenditore; quindi anche nei casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti".

Aggiunge il ricorrente che, sebbene la corte costituzionale avesse ripetutamente ritenuto che la iniziativa officiosa non fosse lesiva del fondamentale principio di imparzialità - terzietà del giudice, quando il procedimento è strutturato in modo che egli conservi il requisito di soggetto super partes rispetto agli interessi coinvolti - ciò verificandosi "ove la conoscenza di una situazione di fatto in ipotesi riconducibile allo stato di insolvenza derivi da una fonte qualificata perché formalmente acquisita nel corso di un procedimento del quale il giudice sia, come tale, investito" - il legislatore della novella ha preferito cancellare del tutto la previsione del

ly


fallimento di ufficio, risolvendo in tal modo ogni possibile contrasto con il principio del giusto processo sancito dal nuovo art. 111 Cost. e bilanciando tale soppressione con l'affidamento al pubblico ministero del potere di domandare il fallimento, su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale nel corso di un qualsiasi procedimento civile risulti l'insolvenza dell'imprenditore.

E da ciò fa derivare che al giudice fallimentare, come a qualsiasi giudice civile, sia residuo un potere di segnalazione e ad un organo terzo, il pubblico ministero, il potere di domandare il fallimento, esso essendo l'unico organo pubblico destinatario delle segnalazioni provenienti dai giudici, ed il solo che, nella sua riconosciuta veste di parte processuale, può richiedere il fallimento depositando apposito ricorso; con l'effetto che l'avvio del procedimento non è più in alcun modo rimesso ad un atto di impulso officioso.

Nessuna delle argomentazioni esposte può essere condivisa - e va pertanto data risposta negativa al quesito suesposto - in quanto finiscono per svuotare le ragioni della premessa relativa alla perdita del potere del giudice di aprire il fallimento di ufficio, che lo stesso ricorrente identifica nella esigenza di terzietà ed imparzialità dell'organo decidente, rimarcate dal

novellato testo del richiamato art. 111 (art. 1 legge cost. 23 novembre 1999 n.2; legge 29 marzo 2001 n. 89), dal legislatore apprezzate come essenziali ai fini del corretto svolgimento del procedimento prefallimentare, riportato nell'area dei giudizi ad iniziativa di parte, secondo il principio nemo iudex sine actore, che governa la giurisdizione, proprio "al fine di evitare che il giudice che decide possa anche solo apparire come l'attore del procedimento sul quale giudica "(è quanto afferma il ricorrente a ff. 11 - 12 del ricorso).

Ed è rilievo, questo, che nasce dalla constatazione del superamento che il legislatore della riforma della legge fallimentare ha inteso compiere della soluzione offerta dalla Consulta (Corte cost. 15 luglio 2003 n. 240), nell'evidente intendimento di escludere, in modo assoluto, qualunque dubbio sulla posizione di terzietà del giudice, chiamato a rendere la decisione, secondo il rigoroso dettato della Carta costituzionale, concepito al fine di rendere giusto il processo, ben oltre il requisito della imparzialità, giacché la terzietà suppone che nella vicenda portata al suo esame egli non abbia assunto iniziative, che lo abbiano in qualche modo impegnato in valutazioni che quel carattere pongano in discussione.



A tale fondamentale principio la riforma della legge fallimentare ha inteso assegnare un'ampia e significativa portata, che ha riguardato non solo la fase prefallimentare, ma la intera procedura che segue alla sentenza dichiarativa, riducendo i margini dell'intervento del giudice nel corso di essa ed incidendo anche nella procedura di concordato fallimentare e in quella di concordato preventivo, tutte allineate sotto il medesimo perentorio precetto della soppressione della iniziativa di ufficio, in quanto diretta all'apertura del fallimento, come risulta dal disposto novellato dell'art. 147 legge fallimentare e degli artt. 162, 173 e 180, ristrutturati dal decreto correttivo 12 settembre 2007 n. 169, il primo dei quali non consente - a differenza del testo ante riforma - la estensione di ufficio del fallimento della società ai soci illimitatamente responsabili, che tali risultino dopo la sentenza dichiarativa, e gli altri stabilendo che, nelle ipotesi in cui non ricorrano i presupposti contemplati dagli artt. 160 e 161, ovvero in quelle considerate dall'art. 173, di occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, di dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti o ancora di esposizione di passività insussistenti, nonché di commissione di altri atti di



frode, (art. 180 ult. comma), il fallimento possa essere dichiarato solo "su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 " (artt. 162 primo comma; 173 II° comma; 180 ultimo comma).

E la circostanza che in siffatte situazioni nessuna segnalazione del giudice civile è contemplata, induce a ritenere che la previsione dell'art.7 non possa avere la espansione voluta dal ricorrente, chè, altrimenti, non vi sarebbe stata ragione per non averla considerata nelle fattispecie surrichiamate, in cui le condizioni per la estensione a terzi ovvero per il passaggio, con la apertura del fallimento, dalla procedura minore alla maggiore sono percepite direttamente dal tribunale e tuttavia non consentono, in difetto di espresso disposto normativo, di essere da esso segnalate all'organo cui è demandata la iniziativa pubblica, peraltro nella ipotesi dell'art. 147 legge fallimentare nemmeno considerata.

E basta rilevare, perché risulti maggiormente apprezzata la portata della interdizione al tribunale, che sia chiamato a decidere l'apertura del fallimento, di iniziative che, comunque, portino o siano suscettibili di portare alla attivazione del procedimento prefallimentare, che, anche quando la

risoluzione o l'annullamento del concordato preventivo siano stati pronunciati, non è più consentito al tribunale di dichiarare di ufficio il fallimento (il d.lgvo correttivo 169/ 2007 ha soppresso l'ultimo comma dell'art. 186 del testo della novella n. 5/ 2006 che tanto contemplava; e l'ultimo comma del testo attuale, dopo il correttivo, richiama gli artt. 137 e 138, con la opportuna specificazione "in quanto compatibili" che non era presente nel precedente); a differenza di quanto stabiliscono per il concordato fallimentare gli artt. 137 e 138, rispettivamente quarto e secondo comma, che alla sentenza che risolve o annulla il concordato attribuisce la funzione di riaprire il fallimento, essi costituendo un'ulteriore conferma, sul piano della rilevanza che ha la comparazione dei testi legislativi in esame, che la istanza di parte sia sempre necessaria per l'apertura della procedura e che il tribunale non possa mai attivarla; tant'è che l'effetto di quegli eventi, che riportano dal concordato fallimentare al fallimento, è automatico e non determina una nuova procedura ma la riapertura di quella già pendente, chiusa dal decreto di omologazione sotto la condizione del regolare adempimento degli obblighi concordatari e quella che conduce all'annullamento.



Se dunque non è l'avvenuto accertamento dello stato di insolvenza - né quello del presupposto soggettivo - che possa giustificare la predetta segnalazione in fattispecie in cui una procedura concorsuale è già pendente ed è stata avviata, essendo stati entrambi i presupposti (o quanto meno, per ciò che attiene a quello oggettivo, la crisi di impresa) verificati, e non ha potuto raggiungere il suo epilogo naturale, meno ancora risulta possibile la inclusione del procedimento avviato per la dichiarazione di fallimento, non procedibile ed anzi estinto per rinuncia del ricorrente, nell'area del procedimento civile considerata dall'art. 7 n. 2 legge fallimentare.

Alla luce di tali rilievi perde valore il dato letterale proposto dal ricorrente, che "procedimento civile" è anche quello che porta alla dichiarazione di fallimento, evidentemente muovendo dalla considerazione che nella triplice generale categoria dei procedimenti giurisdizionali, penale, amministrativo e civile, quello fallimentare non abbia possibilità di collocarsi diversa da quest'ultima, e finisce anzi per acquistare il valore di segno contrario suggerito dalla testè prospettata comparazione.

Ma l'argomento perde valore anche alla stregua del vecchio disposto dell'art. 8 (abrogato) L.F. - il

quale stabiliva che la insolvenza accertata "nel corso di un giudizio civile di un imprenditore che sia parte del giudizio" fosse dal giudice portata a conoscenza del tribunale competente per la dichiarazione di fallimento - confrontato con l'art. 7 citato.

Premesso che la sostituzione del "procedimento" al "giudizio" è significativa della esigenza di utilizzare una espressione suscettibile di comprendere qualunque tipo di attività giurisdizionale - di cognizione, di esecuzione, sommaria, cautelare, camerale, monitoria - come peraltro era ius receptum, in relazione al testo ante riforma - e non appare, comunque, idonea ad includere l'organo della giurisdizione investito della decisione, anche quando l'abbia già resa in termini di improcedibilità o di estinzione del procedimento, a causa della posizione di terzietà che il legislatore ha avuto cura di tutelare, come è emerso dalla rassegna delle disposizioni esaminate, va considerato che la espressione "imprenditore parte del procedimento" non è rifluita nell'attuale disposto del n. 2 dell'art. 7; circostanza che, unitamente a quella che la insolvenza debba "risultare" e non essere oggetto di specifico accertamento, porta ulteriormente a concludere che l'oggetto del procedimento civile, nel quale trova

occasione per essere esercitato il potere - dovere di segnalazione, non possa essere quello per la dichiarazione di fallimento.


In sostanza se nella legge fallimentare ante riforma, in cui era consentita la iniziativa di ufficio, il riferimento all'imprenditore "parte del giudizio" non lasciava dubbi che il procedimento non fosse quello prefallimentare, non essendo concepibile la segnalazione del tribunale a sé medesimo, la soppressione di tale riferimento appare giustificata dalla necessità di evitare che, con il venir meno della iniziativa di ufficio, possa essere ritenuta comunque legittima la segnalazione, proprio alla stregua del fatto che il procedimento prefallimentare ha come parte l'imprenditore soggetto al fallimento.

Formulazione quella attuale che non trova invece difficoltà ad essere applicata alla ipotesi che il tribunale fallimentare segnali al pubblico ministero la insolvenza che incidentalmente "risulti" nei riguardi di soggetti diversi da quelli destinatari della iniziativa per la dichiarazione di fallimento, non trovando in tal caso la segnalazione ostacolo nei principi che governano la giurisdizione e nel carattere di terzietà del giudice, non essendo egli investito, in relazione ad essi, della funzione giudicante e non



essendo, dunque, impegnato in accertamenti neanche sommari, che lo trovino incompatibile a decidere, quando la segnalazione sia assecondata dalla richiesta del pubblico ministero, al punto da risultare o comunque apparire autosegnalazione e realizzare la soppressa iniziativa di ufficio, in elusione della volontà del legislatore.

Né può obiettarsi che la astensione ovvero la ricusazione costituiscano il rimedio a tale evenienza, giacché, al di là della difficoltà di inserire la fattispecie di cui si tratta nella ipotesi della astensione obbligatoria, che sola giustifica la ricusazione, non sembrano ipotizzabili - sul piano sistematico, a causa degli interventi compiuti con la novella prima e con il correttivo dopo e con il disposto dell'art. 25 pen. comma L.F., secondo cui "il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato né può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti", che a quegli interventi si correla - interpretazioni che legittimino pratiche operative che non siano rigorosamente consonanti con il rispetto del principio di terzietà, oltre che di imparzialità del giudicante, e che trovino soltanto negli artt. 51 e 52 c.p.c. ragione per essere contrastate.



Meno ancora può giovare alla tesi del ricorrente l'argomento desunto dalla Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, in cui, con riguardo all'art. 7 n.2, nel considerare che la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio risulta bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dare corso alla istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice civile, al quale nel corso di un qualsiasi procedimento civile risulti l'insolvenza di un imprenditore, ha ipotizzato "anche i casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento".

Al di là del valore giuridico che può assegnarsi alla Relazione accompagnatoria di uno schema di legge, quanto in generale ai suoi lavori preparatori, e a prescindere dalla esemplificazione concreta, che non è espressa da alcun dato normativo, ma semmai costituisce una proposta di interpretazione estensiva della norma, che con la relazione si è inteso offrire, va considerato che il segno ancora più marcato dato dal legislatore con i successivi interventi del decreto correttivo 12 settembre 2007 n. 169 sugli artt. 162, 173, 180 e 186, al punto da rendere totalmente estranea



al sistema la ingerenza del giudicante sulla nascita o sulla ultrattività del procedimento, ha portato al ridimensionamento di quell'elemento, rimarcando in modo netto il disegno di sottrarre al tribunale qualunque tipo di iniziativa e di rinunciare totalmente all'avallo conservativo del potere officioso, offerto dal giudice delle leggi che, con sent. 15 luglio 2003 n. 240, ha ritenuto che la posizione di terzietà è assicurata ogni volta che il procedimento per dichiarazione di fallimento sia sollecitato ab externo e ab externo sia acquisita la notizia decoctionis.

Argomento questo che giova persino, nel mutato quadro normativo, ad assegnare alle decisioni sul punto della Consulta, quand'anche fossero di attuale applicazione, un rilievo contrario alla tesi sostenuta dal ricorrente, in quanto evidenziano il vulnus che riceverebbe il principio di terzietà del giudice, allorché nel procedimento in cui è chiamato a rendere giustizia, che sia estinto per rinunzia, anziché dichiararla e così dichiararsi functus munere suo, per essere venuto meno l'impulso dell'attore, si impegnasse a rivitalizzarlo, chiamando sostanzialmente in causa a surrogare la iniziativa della parte privata l'organo pubblico formalmente ad essa abilitato, in tal modo agendo e comunque aparendo "come l'attore del

ly

procedimento sul quale giudica" (Corte cost.
n.148/1996)

Il secondo motivo è assorbito dalle ragioni che hanno
condotto al rigetto del primo.

Infondato è anche il ricorso incidentale, in quanto
l'istituto della compensazione delle spese giudiziali è
contemplato dall'ordinamento processuale civile e la
corte di merito ha adeguatamente motivato indicando le
ragioni della pronunzia legate alla peculiarità della
questione trattata, avuto anche riguardo alla sua
assoluta novità, oltre che alla problematicità della
soluzione.

Analoga pronunzia, per le medesime ragioni, va resa in
riferimento alle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta i ricorsi e compensa le spese
processuali.

Roma 13 gennaio 2009

L'Estensore

Il Presidente

IL CANCELLIERE
Repubblica Italiana

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Deposito

il

2/6 FEB/2009

IL CANCELLIERE