

La Nuova **Procedura Civile**

Direttore Scientifico: Luigi Viola

Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile

ISSN 2281-8693

Pubblicazione del 3.9.2015

La Nuova Procedura Civile, 3, 2015

ADMAIORA

Editrice

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Interesse ad agire, valutazione. Abrogazione espressa della dichiarazione di fallimento d'ufficio e concordato preventivo

L'interesse ad agire richiesto dall'art. 100 c.p.c., in quanto condizione preliminare di ammissibilità della domanda giudiziaria, deve essere valutato alla stregua della prospettazione operata dalla parte, e non lo si può negare sul presupposto che le conseguenze da trarsi dai fatti allegati siano diverse da quelle sostenute dall'attore, attenendo ciò alla fondatezza nel merito della domanda. L'abrogazione espressa della dichiarazione di fallimento d'ufficio ad opera del decreto correttivo n. 169/2007, che ha riscritto l'art. 186 L. Fall., ha valore meramente ricognitivo di una abrogazione implicita che è stata indotta nel precedente testo dell'articolo dal D.Lgs. n. 5 del 2006, che ha riformulato l'art. 6 L. Fall., in modo da rendere incompatibile la sopravvivenza dell'istituto nell'ambito della disciplina del concordato preventivo e che ha perciò superato il tralascio ma disarmonico vecchio testo normativo, divenuto incoerente sia con la abrogazione dell'istituto della dichiarazione di fallimento d'ufficio, sia con il mutamento dei presupposti della procedura di concordato preventivo.

Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 15.5.2015, n. 9934

...omissis...

Con l'unico motivo proposto la ricorrente principale E.P. deduce la violazione dell'art. 186 L. Fall., nel testo anteriore al D.Lgs. n. 169 del 2007, nonché degli artt. 12 e 15 preleggi, lamentando che erroneamente la Corte di appello aveva equiparato la dichiarazione di fallimento prevista dagli artt. 162, 163 e 179 L. Fall., con quella imposta dal citato art. 186 L. Fall.. Infatti, solo le prime disposizioni richiamavano il fallimento d'ufficio, come disciplinato dagli artt. 6 e 8 L. Fall., prima della riforma del 2005, mentre l'art. 186 L. Fall., imponeva l'automatica dichiarazione di fallimento con la sentenza che risolveva o annullava il concordato, sul presupposto che già vi fosse stato un accertamento dei presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento. Nulla, pertanto, consentiva di desumere dalla espunzione del fallimento d'ufficio anche l'abrogazione implicita della dichiarazione automatica di fallimento prevista dall'art. 186 L. Fall. Inoltre, prima del cd. decreto correttivo del 2007, l'iniziativa per la risoluzione del concordato poteva essere assunta anche da soggetti diversi dai creditori i quali, quindi, accogliendo la tesi della sentenza impugnata circa l'implicita abrogazione della automatica dichiarazione di fallimento, sarebbero rimasti esposti ad una risoluzione del concordato, della quale avrebbero potuto non avere notizia, senza la tutela di una contestuale dichiarazione di fallimento.

Con il primo motivo del ricorso incidentale xxxxxx ha dedotto il vizio di motivazione, lamentando la mancata dichiarazione di inammissibilità del reclamo per difetto di legittimazione tanto della Ixxx., poiché la prima non era creditrice della Cartiera e la seconda, pertanto, era cessionaria di un credito inesistente.

Con il secondo motivo la ricorrente incidentale deduce il vizio di motivazione per la mancata dichiarazione della cessazione della materia del contendere ovvero della inammissibilità del reclamo per carenza di interesse ad impugnare, considerato che successivamente al decreto impugnato la Cartiera era stata ammessa alla procedura di concordato preventivo, con conseguente preclusione della dichiarazione di fallimento. In sostanza, pertanto, la ricorrente incidentale ripropone con riferimento al reclamo le argomentazioni già svolte con riferimento alla eccezione di inammissibilità del ricorso, riferita in narrativa.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso è infondata. Invero, secondo l'assunto dell'odierna ricorrente, la risoluzione del concordato preventivo avrebbe dovuto comportare l'automatica dichiarazione di fallimento, alla stregua della disciplina dettata dall'art. 186 L. Fall., nella formulazione anteriore al cd. decreto correttivo del 2007. Ne discende che, qualora per tale ragione fosse accolto il ricorso e cassato il decreto impugnato, secondo l'assunto della ricorrente

dovrebbe essere dichiarato il fallimento della Cartiera con conseguente improcedibilità del nuovo concordato preventivo al quale la Caxxxxxxra è stata ammessa. E' evidente, pertanto, l'interesse a ricorrere della Exx e ciò indipendentemente dalla fondatezza o meno del suo assunto circa l'assenza di preclusioni alla dichiarazione di fallimento derivanti dalla ammissione a nuova procedura di concordato preventivo dopo la risoluzione del precedente concordato. L'interesse ad agire richiesto dall'art. 100 c.p.c., in quanto condizione preliminare di ammissibilità della domanda giudiziaria, deve essere valutato alla stregua della prospettazione operata dalla parte (Cass. 9 maggio 2008, n. 11554), e non lo si può negare sul presupposto che le conseguenze da trarsi dai fatti allegati siano diverse da quelle sostenute dall'attore, attenendo ciò alla fondatezza nel merito della domanda.

Tanto premesso, si deve esaminare con precedenza il ricorso principale, malgrado il ricorso incidentale proponga la questione pregiudiziale della inammissibilità del reclamo sul quale si è pronunciata la Corte di appello di Bologna. Infatti, secondo il principio affermato da questa Corte a sezioni unite, con la decisione n. 7381 del 25 marzo 2013, "il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito... ha natura di ricorso condizionato all'accoglimento del ricorso principale, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, sicché, laddove le medesime questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito siano state oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di merito, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte solo in presenza dell'attualità dell'interesse, ovvero unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale".

Il ricorso principale è infondato. Si deve premettere in punto di fatto che, come è pacifico in causa, la Cartiera è stata ammessa alla procedura di concordato preventivo, della cui risoluzione qui si discute, con decreto del 6 settembre 2006 ed il concordato è stato omologato in data 7 marzo 2007. Il D.Lgs. n. 5 del 2006 di riforma della legge fallimentare, che ha abrogato l'istituto del fallimento d'ufficio, ma ha lasciato inalterata la lettera dell'art. 186 L. Fall., ha dettato all'art. 150 una disposizione transitoria soltanto per le procedure di fallimento e di concordato fallimentare in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, prevedendo l'ultrattività della precedente disciplina. D'altro canto, il cd.

decreto correttivo n. 169/2007, che ha riscritto l'art. 186 L. Fall., eliminando la dichiarazione di fallimento all'esito della risoluzione del concordato, prevede all'art. 22 che le nuove disposizioni si applicano alle procedure concorsuali aperte successivamente al 1 gennaio 2008, data della sua entrata in vigore. Da quanto detto consegue che la fattispecie in esame ricade nel cd. regime intermedio, ovvero quello compreso tra il 16 luglio 2006, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006 ed il 1 gennaio 2008, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 169 del 2007. Ne consegue ulteriormente che nella fattispecie in esame la possibilità di dichiarare il fallimento dopo la risoluzione del concordato preventivo dipende dalle ricadute sull'art. 186 L. Fall., che si riconnettono alla abrogazione del fallimento d'ufficio.

Il tema della sopravvivenza dell'automatica dichiarazione di fallimento all'esito della risoluzione del concordato preventivo è stato già affrontato da questa Corte che, con la sentenza 23 novembre 2012, n. 20757, ha affermato il principio secondo cui "la riforma dettata dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in difetto di diversa disposizione transitoria (riferendosi alle sole procedure di fallimento e di concordato fallimentare il suo art. 150, che per esse ha sancito l'ultrattività della disciplina precedente), è immediatamente applicabile alle fattispecie di concordato preventivo, in corso di esecuzione al momento della sua entrata in vigore, derivandone, pertanto, l'impossibilità della dichiarazione di fallimento d'ufficio dell'imprenditore ammesso al concordato, in ipotesi di sua risoluzione".

Tale orientamento deve essere confermato. Il D.Lgs. n. 5 del 2006, modificando gli artt. 6 e 147 della legge fallimentare, nella parte in cui prevedevano la dichiarazione di fallimento d'ufficio, ha tacitamente abrogato, per incompatibilità, le altre disposizioni della legge fallimentare che, nella formulazione successiva al citato D.Lgs. n. 5 del 2006 ma anteriore al cd. decreto correttivo (D.Lgs. n. 169 del 2006), prevedevano ancora la dichiarazione d'ufficio del fallimento (in questo senso si sono espresse, oltre la ricordata Cass. n. 20757/2012 con specifico riferimento all'art. 186 L. Fall., Cass. 12 agosto 2009, n. 18236 e Cass. 2 aprile 2010, n. 8186, con riferimento alle ipotesi di cui agli artt. 162 e 163 L. Fall., nonché Cass. 10 aprile 2012, n. 5657 con riferimento all'art. 173 L. Fall.). Del tutto erroneo appare l'assunto della ricorrente secondo cui nel caso previsto dall'art. 186 L. Fall., non si versava in un'ipotesi di dichiarazione d'ufficio del fallimento, ma in una diversa ipotesi di dichiarazione automatica. Invero, la distinzione proposta dal ricorrente suppone che, risolto il concordato, il Tribunale non fosse chiamato ad alcuna valutazione e la dichiarazione di fallimento fosse una conseguenza necessaria. Ciò, tuttavia, prima della riforma del concordato dettata dal D.L. n. 35 del 2005, corrispondeva soltanto a quanto normalmente accadeva, non potendosi però escludere, seppure nell'ambito di una ipotesi di scuola, che lo stato di insolvenza definitivamente accertato con la sentenza di omologazione del concordato fosse successivamente superato per fatti sopravvenuti, pur in una situazione di perdurante inadempimento.

Pertanto, esclusa l'automaticità, assumeva rilievo il fatto che la dichiarazione di fallimento era pronunciata da tribunale indipendentemente dall'istanza di un soggetto legittimato (in questo senso, e plurimis, Cass. 18 aprile 2008, n. 10195); si trattava, pertanto, certamente di una dichiarazione d'ufficio, il cui carattere non era contraddetto dall'eventuale esistenza di istanze di fallimento anteriori alla ammissione alla procedura di concordato, considerato che il fallimento veniva dichiarato prescindendo del tutto da tali istanze. Inoltre, dopo l'entrata in vigore della cennata riforma del 2005, presupposto della procedura di concordato preventivo non era più soltanto lo stato di insolvenza, ma anche un meno grave stato di crisi. Tale mutamento del presupposto della procedura era perciò incompatibile con l'assunto di una dichiarazione automatica del fallimento all'esito della risoluzione del concordato preventivo e faceva venire meno qualsiasi fondamento alla già debole argomentazione dell'insussistenza di una dichiarazione d'ufficio per l'accertamento dello stato di insolvenza insito nell'omologazione del concordato.

Si deve perciò concludere che l'abrogazione espressa della dichiarazione di fallimento d'ufficio ad opera del decreto correttivo n. 169/2007, che ha riscritto l'art. 186 L. Fall., ha valore meramente ricognitivo di una abrogazione implicita che è stata indotta nel precedente testo dell'articolo dal D.Lgs. n. 5 del 2006, che ha riformulato l'art. 6 L. Fall., in modo da rendere incompatibile la sopravvivenza dell'istituto nell'ambito della disciplina del concordato preventivo e che ha perciò superato il tralucido ma disarmonico vecchio testo normativo, divenuto incoerente sia con la abrogazione dell'istituto della dichiarazione di fallimento d'ufficio, sia con il mutamento dei presupposti della procedura di concordato preventivo.

Al rigetto del ricorso principale consegue l'assorbimento di quello incidentale.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

p.q.m.

rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito quello incidentale; condanna la ricorrente al rimborso delle spese di lite liquidate in Euro 4.200,00, di cui 200,00 per esborsi, oltre spese generali, IVA e CP. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 10 febbraio 2015.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA
Editrice
