



21478/13

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GIUSEPPE SALME' - Presidente -

Dott. SALVATORE SALVAGO - Consigliere -

Dott. ANTONIO DIDONE - Consigliere -

Dott. PIETRO CAMPANILE - Consigliere -

Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

Reclamo
avverso
sentenza di
fallimento.
Desistenza
dell'unico
creditore.
Anteriorità
della
dichiarazione
di
desistenza
rispetto
alla
sentenza di
fallimento.
Revoca del
fallimento.

ILCASO.it

R.G.N. 20746/2012

SENTENZA

Cron. 21478

sul ricorso 20746-2012 proposto da:

FALLIMENTO DELLA TRIONFANTE S.R.L., in persona del

Rep. C.I.

Curatore avv. MAURIZIO PIZZUTO, elettivamente

Ud. 11/07/2013

domiciliato in ROMA, VIA G. FERRARI 35, presso

PU

l'avvocato MARZI MASSIMO FILIPPO, rappresentato e

difeso dall'avvocato MARINO ALBERTO, giusta procura

in calce al ricorso;

2013

- ricorrente -

1243

contro

TRIONFANTE S.R.L. (C.F. 02886930821), in persona

del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FEDERICO
CESI 72, presso l'avvocato BONACCORSI DI PATTI
DOMENICO, che la rappresenta e difende unitamente
agli avvocati STAGNO D'ALCONTRES ALBERTO, MARSALA
ALFONSO, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

contro

VAGLICA FRANCESCO, PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO
IL TRIBUNALE DI PALERMO, BANCA POPOLARE SANT'ANGELO
S.C.P.A., DONATO ELVIRA;

- intimati -

avverso la sentenza n. 1188/2012 della CORTE
D'APPELLO di PALERMO, depositata il 10/08/2012;

udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 11/07/2013 dal Consigliere
Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato ALBERTO MARINO
che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato ALBERTO
STAGNO D'ALCONTRES che ha chiesto il rigetto del
ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. LUCIO CAPASSO che ha concluso per il
rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

La Corte d'appello di Palermo, con sentenza depositata in data 10 agosto 2012, in accoglimento del reclamo proposto dalla Trionfante s.r.l., ha revocato il fallimento della società, ritenendo che alla data di pubblicazione della sentenza di fallimento del 14/5/2012, l'unico creditore istante, Elvira Donato, aveva già rinunciato alla dichiarazione di fallimento, presumendo l'anteriorità della rinuncia avuto riguardo alla nota dell'11/5/2012 ed all'istanza di desistenza in pari data, documenti firmati dalla Donato e dal legale della stessa, nonché alla circostanza che nel giudizio di reclamo, la creditrice istante era rimasta contumace.

La Corte territoriale ha ritenuto assorbite le ulteriori questioni fatte valere dalla società.

Avverso detta pronuncia ricorre il Fallimento, sulla base di due motivi.

Si difende con controricorso la sola società Trionfante s.r.l.

Sia il ricorrente che la controricorrente hanno depositato memoria ex art.378 c.p.c.

Motivi della decisione

1.1-. Col primo mezzo, il Fallimento denuncia il vizio di violazione e falsa applicazione degli artt.6 l.f. e 306 c.p.c.

Secondo il Fallimento, la rinuncia al ricorso diretto ad ottenere la dichiarazione di fallimento non può essere considerata una mera fattispecie negoziale, che può manifestarsi anche con un

comportamento concludente, ma, collocandosi all'interno del procedimento instaurato a seguito della presentazione dell'istanza, deve concretizzarsi nel deposito di un atto presso la Cancelleria del Tribunale, in tal modo perfezionandosi la fattispecie, in termini di rinuncia al ricorso, da cui consegue la cessazione del procedimento.

E l'art.306 c.p.c., dettato con riferimento al giudizio ordinario di cognizione, ma avente portata generale, costituisce il paradigma normativo della rinuncia al ricorso anche nel procedimento prefallimentare.

Né infine, conclude il Fallimento, potrebbe ritenersi impedito il deposito della dichiarazione di desistenza, firmata il venerdì 11 maggio 2012, nella giornata di sabato 12 maggio, in tempo utile per impedire l'apertura del fallimento, dichiarato con sentenza pubblicata il lunedì 14 maggio 2012, atteso che l'art.155 c.p.c. non impedisce che il deposito abbia luogo nella giornata di sabato.

1.2.- Col secondo mezzo, il ricorrente denuncia il vizio di violazione e falsa applicazione degli artt.6 l.f. e 2704 c.c.

In subordine, osserva il Fallimento, anche ad ammettere che per la desistenza sia sufficiente accertare che il creditore abbia manifestato, anche solo per fatti concludenti, la volontà di rinunciare al ricorso, occorre verificare che tale volontà si sia formata e manifestata prima della dichiarazione di fallimento; nel caso, mentre dalla contumacia della creditrice nel successivo giudizio di reclamo nulla può inferirsi, la Corte territoriale,

nel considerare la data dell'11 maggio, apposta alla dichiarazione, ha disatteso quanto stabilito dall'art.2704 c.c. in ordine alla computabilità della data nei confronti dei terzi.

2.1.- I due motivi di ricorso, strettamente collegati, possono essere valutati unitariamente e sono da ritenersi infondati.

Com'è noto, il nuovo procedimento per la dichiarazione di fallimento non prevede alcuna iniziativa d'ufficio, ma dispone all'art.6 l.f. che l'iniziativa provenga dal debitore, da uno o più creditori o dal pubblico ministero, così prevedendosi l'iniziativa di parte, definita efficacemente dalla dottrina come "motore essenziale" del procedimento prefallimentare.

La giurisprudenza e la dottrina si sono interessate della individuazione del soggetto a cui fa riferimento la norma, quale "creditore", senza alcuna specificazione ulteriore, e quindi come colui che vanta un credito nei confronti dell'imprenditore, non necessariamente certo, liquido, esigibile, ma anche non ancora scaduto o condizionale, non ancora munito di titolo esecutivo, sia pure idoneo in prospettiva a giustificare un'azione esecutiva (in tali termini, la pronuncia 3472/2011), e che deve essere oggetto dell'imprescindibile deliberazione incidentale del giudice fallimentare (così le pronunce 24309/2011 e, resa dalle S.U., la 1521/2013), proprio in quanto non esiste più l'iniziativa d'ufficio. La carenza della legittimazione del creditore istante, a valere non solo alla data di proposizione del ricorso, ma per tutta la durata del procedimento, determina l'arresto del

h

procedimento stesso con pronuncia in rito di inammissibilità (così le pronunce 21834/2009 e 3472/2011).

Ciò posto, è di palese evidenza che con la legge fallimentare riformata non è più sostenibile l'equivalenza del ricorso del creditore alla semplice denuncia-segnalazione, ma anche la tesi dell'esercizio di azione esecutiva nel proprio interesse, anche se con ricadute di tutela per gli altri creditori e nell'interesse latamente pubblicistico, presta il fianco al rilievo, di fondo, che l'accertamento compiuto dal Tribunale non si fonda sulla esistenza del credito, ma sulla sussistenza dei presupposti del fallimento, tant'è che se il creditore istante vuole divenire creditore ammesso deve presentare domanda di ammissione al passivo.

A riguardo, autorevole dottrina, particolarmente attenta ai profili processuali della materia, ha inteso la domanda di fallimento quale azione a contenuto meramente processuale, rispetto a cui l'accertamento del credito si pone come accertamento incidentale ai fini della legittimazione al ricorso.

La domanda del creditore istante può certamente essere rinunciata, e la rinuncia, inserendosi all'interno del procedimento, assume la natura di atto processuale, da cui l'infondatezza del richiamo del ricorrente all'art.2704 c.c., applicabile agli atti negoziali; problematica è peraltro la individuazione della natura della rinuncia, da alcune pronunce di merito ritenuta assimilabile alla rinuncia agli atti del giudizio ex art.306 c.p.c. (ma è evidente la difficoltà di individuare nel procedimento in oggetto la

h

controparte che abbia interesse alla prosecuzione del giudizio), e dalla pronuncia di questa Corte, 18620/2010 (l'unica che si è pronunciata esplicitamente sul punto), ritenuta, in continuità con l'orientamento dottrinale formatosi nella disciplina previgente, sostanzialmente una rinuncia alla domanda, tale da potersi manifestare anche a mezzo di fatti concludenti, tanto da costituire oggetto di accertamento del giudice del merito (e tale interpretazione pare obliterare la natura processuale dell'atto).

Nella specie, peraltro, non occorre prendere posizione sulla natura della rinuncia o desistenza del creditore istante, se necessariamente estrinsecantesi in un atto del processo o ricostruibile sulla sola base della volontà della parte, atteso che la Corte del merito, sia pure facendo riferimento proprio alla pronuncia 18620/2010, si è trovata a dovere valutare la fattispecie in cui esisteva l'atto di desistenza e si poneva solo la questione della anteriorità o meno dello stesso rispetto alla data di pubblicazione della sentenza di fallimento.

Così ricostruito l'ambito proprio della pronuncia, si deve ritenere che correttamente la Corte del merito ha ritenuto l'anteriorità dell'atto di desistenza rispetto alla data della sentenza di fallimento del 14/5/2012, avuto riguardo all'istanza di desistenza dell'11/5/2012 ed alla nota in pari data, documenti tutti sottoscritti dalla creditrice istante e dal legale della stessa, versati in atti in sede di reclamo, anche se non depositati presso la Cancelleria del Tribunale fallimentare, mentre il riferimento alla scelta della Donato, di non costituirsi

in sede di reclamo, appare inserito *ad abundantiam* nell'argomentazione seguita.

E la Corte d'appello ben ha potuto considerare l'atto di desistenza prodotto in fase di reclamo, ma anteriore alla sentenza di fallimento, atteso che il giudizio di reclamo, per i procedimenti regolati dalla disciplina fallimentare riformata ex d.lgs. 169/07, è caratterizzato da effetto devolutivo pieno, per il quale non si applicano i limiti dell'appello, di cui agli artt. 342 e 345 c.p.c. (così le pronunce 9174/2012 e 22546/2010).

3.1.- Conclusivamente, va respinto il ricorso; le spese del presente giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte respinge il ricorso; condanna il Fallimento al pagamento delle spese, liquidate in euro 2000,00 per compenso, oltre euro 200,00 per esborsi; oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, in data 11 luglio 2012

Il Consigliere est.

R. M. Di Vito

Il Presidente

[Handwritten signature]

Depositato in Cancelleria

19 SET 2013

IL CANCELLIERE
Alfonso Madafferi

[Handwritten signature]