

Corte di Cassazione Sez. I Civile, 24 marzo 2010, n. 7152 – Pres. Vitrone – Rel. Ragonesi.

Fallimento – Sentenza dichiarativa – Estensione al socio illimitatamente responsabile – Reclamo – Litisconsorzio necessario dei creditori istanti – Sussistenza.

I creditori istanti per il primo fallimento assumono la posizione di litisconsorti necessari nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento proposto dal socio illimitatamente responsabile, cui sia stato esteso il fallimento della società di persone o il fallimento del socio, ritenuto inizialmente un imprenditore individuale. (fb) (riproduzione riservata)

omissis

Diritto

Con il primo ed il secondo motivo di ricorso il D.N. censura, sotto diversi profili, la sentenza impugnata laddove, da un lato, ha riconosciuto l'errore commesso dal Tribunale partenopeo in tema di legge applicabile, ma ha comunque rigettato il reclamo sostenendo sia che non vi sarebbe causa di nullità della sentenza e, soprattutto, che tanto il vecchio quanto il nuovo testo dell'art. 15, L. Fall. sono sostanzialmente equivalenti quanto a struttura del procedimento prefallimentare e delle garanzie difensive del debitore.

Con il terzo motivo deduce l'erroneità della sentenza laddove ha riconosciuto la sussistenza degli estremi per la dichiarazione di fallimento, dovendosi, invece escludere che questi dovesse considerarsi socio occulto della società.

Con il primo motivo di ricorso incidentale sia il fallimento della Casa di cura privata *** che quello di D.N.C. censurano la sentenza per non avere dichiarato inammissibile il reclamo dovendo ritenersi competente a decidere il giudice dell'opposizione al fallimento.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale deducono l'erroneità della sentenza impugnata per avere la stessa ritenuto applicabile alla fattispecie la nuova disciplina fallimentare introdotta con le riforme del 2006-2007 anziché la previgente normativa.

Con il terzo motivo deducono la nullità della sentenza impugnata in quanto al giudizio non hanno partecipato i creditori istanti nella loro qualità di litisconsorti necessari.

I ricorsi vanno riuniti ex art. 335 c.p.c..

Vanno preliminarmente esaminati i motivi del ricorso incidentale rivestendo essi carattere pregiudiziale. Il primo motivo è infondato.

E' ben noto che la giurisprudenza delle sezioni unite della Corte ha ripetutamente affermato il principio secondo il quale l'individuazione del mezzo d'impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va fatta in base alla qualificazione data dal giudice all'azione proposta, alla controversia e alla sua decisione, con il provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua esattezza, che resta

sindacabile soltanto dal giudice cui spetta la cognizione dell'impugnazione ammessa secondo il suddetto criterio (Cass., S.U., 932/1978, 4506/1978, 5096/1978, 2466/1986, 1914/1992, 3467/1994, 9287/1994, 1146/2000; Cass. 3630/01; Cass. 3400/01; Cass. 23084/05; Cass. 4693/07).

A tale proposito è stato ulteriormente precisato che la qualificazione operata dal giudice determina l'ultrattività del rito ai fini della forma del gravame (Cassazione S.U. 182/1999) e che si tratta dell'unica opzione interpretativa conforme ai principi fondamentali della certezza dei rimedi impugnatori e dell'economia dell'attività processuale, evitando l'irragionevolezza di imporre di fatto all'interessato di cautelarsi proponendo due impugnazioni, nel dubbio sull'esattezza della qualificazione operata dal giudice a quo.

Il principio enunciato, che si suole definire "dell'apparenza", comporta che la scelta fra i mezzi di impugnazione astrattamente esperibili contro un provvedimento del giudice va compiuta in base alla qualificazione dell'atto, la quale a sua volta dipende dalla qualificazione che il giudice appresta alla domanda della parte e dai poteri che lo stesso giudice esercita nel decidere.

Tale principio è stato seguito in particolare in riferimento alle opposizioni in materia esecutiva ove è costante l'indirizzo di correlare il mezzo di impugnazione esperibile (diverso, secondo che si tratti di opposizioni ex art. 615 c.p.c. o ex art. 617 c.p.c.) alla qualificazione data dal giudice alla controversia (Cass. n. 3069 del 1998; Cass. n. 9587 del 1998; n. 12785 del 1998; n. 10804 del 2000; Cass. n. 340 del 2001; n. 9057 del 2003; n. 9624 del 2003; n. 3404 del 2004).

Tale orientamento è stato seguito anche in tema di controversia di lavoro in tema di opposizioni esecutive (Cass. n. 3630 del 2001; n. 4787 del 2001; n. 9200 del 2001; n. 9292 del 2001), nonché in materia di opposizioni a sanzioni amministrative in cui è stato ritenuto ammissibile il ricorso per Cassazione avverso la sentenza del pretore che abbia deciso la controversia in applicazione della L. n. 689 del 1981, sul presupposto erroneo della riconducibilità del rapporto fra quelli da essa contemplati, (Cass. S.U. 07/11/2000, n. 1146; Cassazione sez. un. n. 3599 del 2003). Anche con riferimento alla materia fallimentare (Cass. n. 17526 del 2003; Cass. 18013/09) si è statuito che l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale deve essere compiuta in base al principio cd. dell'apparenza", ossia con riferimento esclusivo alla qualificazione dell'azione esperita, per come essa sia stata operata dal giudice del provvedimento stesso, e indipendentemente della sua esattezza.

Tuttavia i principi sovraindicati non appaiono pertinenti nel presente giudizio.

Nel caso di specie, infatti, non si pone alcuna questione di qualificazione giuridica della controversia e del provvedimento emanato dal giudice, essendo indiscusso che nel caso di specie si tratti di una sentenza dichiarativa di fallimento.

In relazione a tale pronuncia il problema che si pone è quello della legge applicabile in ragione della riforma legislativa intervenuta per effetto del

D.Lgs. n. 5 del 2006 come modificato dal D.Lgs. n. 169 del 2007 e ciò sia in relazione al procedimento seguito per pervenire alla pronuncia di fallimento e sia in riferimento al tipo di impugnazione da proporre avverso detta pronuncia. E' questo secondo aspetto quello che deve essere valutato in riferimento al motivo di ricorso incidentale in esame.

A tale proposito deve necessariamente fare riferimento al principio già affermato da questa Corte secondo cui in tema di impugnativa avverso la sentenza dichiarativa di fallimento depositata in data successiva all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006 (cioè dopo il 16 luglio 2006), ma su ricorso depositato anteriormente, trova applicazione la nuova disciplina dell'art. 18, L. Fall., con conseguente necessità di proposizione dell'appello alla corte d'appello (ovvero, se introdotto dal 1 gennaio 2008, del reclamo secondo il D.Lgs. n. 169 del 2007, art. 22 che, ancora riformando la norma, ne ha esteso la portata alle procedure concorsuali pendenti) e non più dell'opposizione allo stesso tribunale, in quanto la disposizione sulla disciplina transitoria di cui all'art. 150 del predetto D.Lgs. - norma eccezionale rispetto al principio generale della irretroattività della nuova disciplina ex art. 11 preleggi cod. civ. e dunque da interpretarsi restrittivamente - circoscrive la residua portata delle norme precedenti alla sola definizione dei ricorsi (anche se proposti prima del 16 luglio 2006) con cui era instaurata la fase prefallimentare. Ne consegue che, aprendosi con la sentenza dichiarativa di fallimento una nuova fase del processo concorsuale, il provvedimento deve rispettare nella forma e nel contenuto il novellato disposto dell'art. 16, L. Fall. e parimenti la sua impugnazione, introducendo un giudizio nuovo rispetto alla fase prefallimentare ormai definita, va proposta nella forma e secondo la disciplina riformata, costituendo la sentenza di fallimento il "discrimen" tra due regimi normativi. (Cass. 7471/08; Cass. 20551/09).

Da tale principio discende necessariamente che, se il nuovo regime delle impugnazioni risulta applicabile alle sentenze dichiarative di fallimento emesse nella vigenza della nuova normativa fallimentare ma a seguito di un procedimento iniziato nel vigore della vecchia normativa e con applicazione quindi di quest'ultima relativamente al procedimento prefallimentare, deve a maggior ragione concludersi che il nuovo regime delle impugnazioni sia applicabile a quelle sentenze di fallimento emanate nel vigore della nuova normativa vigente sia al momento della loro emanazione che in pendenza del procedimento prefallimentare.

Del tutto correttamente dunque il D.N. ha proposto reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento ai sensi dell'art. 18, L. Fall. così come riformato nel 2006 e nel 2007.

Seguendo l'ordine delle pregiudizialità, occorre passare all'esame del terzo motivo del ricorso incidentale.

E' pacifico in causa che sia nel giudizio per la dichiarazione di fallimento che in quello di impugnazione non sono stati evocati in causa i creditori istanti sia del processo di estensione che di quello originario di dichiarazione di fallimento della società.

Sul punto la costante giurisprudenza di questa Corte (Cass. 10 luglio 2001, n. 9359; Cass. 7 settembre 1995, n. 9407; Cass. 12 settembre 1992, n. 10431; Cass. 19 novembre 1988, n. 6257; Cass. 27 febbraio

1980, n. 1363; Cass. 6 agosto 1962, n. 2412) ha riconosciuto la qualifica di litisconsorti necessari agli istanti del primo fallimento (di società di persone o imprenditore individuale), che poi venga esteso ad altri soci illimitatamente responsabili, dei quali non era stato dichiarato il fallimento, ovvero ad una società ed ai suoi soci illimitatamente responsabili, quando risulti che l'impresa, della quale era stato dichiarato il fallimento, era collettiva e non individuale. (Cass. 10693/05).

Tale principio affermato in riferimento alla legge fallimentare nella sua versione anteriore alla riforma risulta applicabile anche nel vigore della nuova normativa.

La L. Fall., art. 147, comma 6, stabilisce infatti che il reclamo contro la dichiarazione di fallimento viene proposto a norma dell'art. 18, L. Fall..

Tale previsione opera in relazione a tutte le fattispecie previste dall'art. 147, L. Fall. e, quindi, si riferisce sia all'ipotesi della unitaria dichiarazione di fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili (L. Fall., art. 147, comma 1), sia all'ipotesi della estensione del fallimento, con successiva sentenza, ai soci illimitatamente responsabili ed eventualmente anche alla società (L. Fall., art. 147, comma 4).

A sua volta il richiamato art. 18, comma 6, L. Fall., dispone che il reclamo si propone con ricorso da notificarsi a cura del reclamante, oltre che al curatore, anche "alle altre parti" ponendo così il fondamento normativo della partecipazione necessaria dei creditori istanti anche al giudizio di impugnazione della dichiarazione di fallimento.

E' infatti da rilevare che nel procedimento per la dichiarazione di fallimento il tribunale, con decreto apposto in calce al ricorso, convoca, ai sensi del nuovo art. 15 L. Fall. il debitore ed i creditori istanti che sono, quindi, a tutti gli effetti parti nel giudizio e possono il conseguentemente svolgere tutte le attività connesse a tale qualifica previste dall'attuale art. 15 L. Fall.

(richiesta di mezzi istruttori, nomina di consulenti tecnici, richiesta di provvedimenti cautelari).

Ne consegue, quindi, necessariamente che i creditori istanti devono essere parti anche nel giudizio di gravame.

Va, peraltro, ribadito che - come già osservato - tale principio non si applica ai soli creditori istanti per l'estensione del fallimento ai sensi dell'art. 147, L. Fall. ma si applica anche ai creditori istanti per il primo fallimento dal momento che "l'originaria istanza di fallimento (relativa ad impresa individuale di cui si scopra successivamente il carattere societario con soci illimitatamente responsabili, ovvero relativa a società, di cui non si conoscano ancora tutti i soci illimitatamente responsabili) deve intendersi implicitamente ed inevitabilmente riferita a tutti coloro che per legge debbono rispondere del dissesto denunciato; di conseguenza la successiva dichiarazione di fallimento in estensione (sia della società, sia dei soci illimitatamente responsabili per i debiti sociali), ancorchè proposta ad istanza del curatore o di altri creditori, costituisce sempre lo sviluppo di un'iniziativa originariamente assunta dall'istante iniziale". (Cass. 10693/05).

I creditori istanti per il primo fallimento, pertanto, assumono la posizione di litisconsorti necessari nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento proposto dal socio illimitatamente responsabile, cui sia stato esteso il fallimento della società di persone o il fallimento del socio, ritenuto inizialmente un imprenditore individuale. La violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non è stata nel caso di specie rilevata dal giudice di primo grado, che non ha disposto la integrazione del contraddittorio, nè da quello di appello che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., comma 1. Ciò comporta che l'intero procedimento deve ritenersi viziato con conseguente necessità ,anche in questa fase di giudizio, di procedere all'annullamento delle pronunce emesse ed al rinvio della causa al giudice di prime cure a norma dell'art. 383 c.p.c., u.c., (Cass. 25.5.2004, n. 10034; Cass. 7 luglio 1987, n. 5903Cass. 10693/05).

Tutti i restanti motivi restano assorbiti.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi ,rigetta il primo motivo del ricorso incidentale, accoglie il terzo,assorbito il secondo ed assorbiti tutti i motivi del ricorso principale, cassa la sentenza impugnata e quella di primo grado e rinvia ai sensi dell'art. 383 c.p.c., u.c., anche per le spese, al Tribunale di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 22 gennaio 2010.

